# الضرر الأدبي

## دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون

# الضـرر الأدبـي

## « دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون »


تأليـــف

دكتور عبداللـــه مبروك النجار

استاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ـ جامعة الازهر

واستاذ مشارك بكلية الشريعة واصول الدين بالقصيم

جامعة الامام محمد بن سعود الإسلاميـــة





ص. ب: ١٠٧٢٠ ـ الـرياض : ١١٤٤٣ ـ تلكس ٤٠٣١٢٩

المملكة العربية السعودية ـ تلفون ٤٦٥٨٥٢٣ ـ ٤٦٤٧٥٣١

© دار المريخ للنشر ، ١٤١٥هـ.
*فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية*

النجار ، عبد الله مبروك
الضرر الأدبي : دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانوني .
٤٤٠ ص ؛ ٢٥ سم
ردمك ٣ـ٤٢٥ـ٢٤ـ٩٩٦٠
١ ـ الفقه الإسلامي ٢ ـ الحدود (فقه إسلامي) أ ـ العنوان
ديوي ٢٥٥,٥ ١٥/١٨٧٢

رقم الإيداع : ١٥/١٨٧٢
ردمك : ٣ـ٤٢٥ـ٢٤ـ٩٩٦٠



# المحتويات

# تقـــديـم

الحمـد لله رب العـالمـين، والصـلاة والسـلام على أشرف المرسلين وسيد الأولين والاخرين، سيدنا محمد بن عبدالله الذي أرسله ربه بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله، فأدى الأمانة وبلغ الرسالة، وترك شريعته كاملة متكاملة صالحة لتحقيق مصالح الناس وحفظ حقوقهم، الى أن يرث الله الأرض ومن عليها. وبعد

فإن موضوع الضرر الأدبي قد أصبح في وقتنا الحاضر يمثل أهم الموضوعات التي تمس حياة الناس، وتشغل بالهم، لما يتسم به من أهمية عملية يعكسها عدد القضايا التي تثار بين جنبات المحاكم مطالبة بالتعويض عنه، وقد تجاوز مجال الضرر الادبي الحدود التقليدية التي كان يقف عندها الى مجالات قانونية جديدة، تتوخى حماية الكيان الأدبي للانسان بصفة عامة، واسفر ذلك التوسع في نطاقه الى ظهور موضوعات جديدة تعد مجالا لدراسته، كالحق في السمعة، وحق الانسان في تمييز ذاته، وحقه في حماية خصوصيات حياته، وحقه في سلامة جسده، وغير ذلك من الحقوق التي يعتبر الضرر الا دبي تعديا عليها، والتي نود أن نقف على حكم التشريع الاسلامي فيها.

وفي تصورى أن الضرر الأدبي هو أكثر الاضرار خطورة، وأكبرها أثرا في حياة الفرد والجماعة، بل انه لايوجد أي نوع من أنواع التعدى الا وللضرر الادبي فيه وجود، حتى اننا إذا تأملنا الاضرار المالية الخالصة، لوجدنا انها في حقيقتها تنتهى الى ضرر أدبي، يتمثل في الحزن والألم الذي يصيب الانسان من مجرد التعدى الذي يسفر عن فقد مبلـغ مـن المـال، فالضـرر الأدبي موجود في كل صور التعدى، بل هـو القـاسم المشترك بينها جميعا.

لهذا كان تفريد الضرر الأدبي بالدراسة أمرا بالغ الصعوبة في كثير من الصور حيث يوجد الضرر الأدبي فيها ممتزجا بالضرر المادي على نحو يجعل تصنيف الضرر في جانب معين امرا بالغ الصعوبة، ولذلك جرى العمل في هذا البحث على أن يكون تغليب جانب الضرر الادبي في الموضوع هو المسوغ لدخوله ضمن منهج دراسته، فكلما كان الضرر الأدبي خالصا أو غالبا في الموضوع، كان ذلك مسوغا لشموله بالبحث والنظر في محاولـة لاستجـلاء المبـادىء العامة التي تحكم هذا النوع من الضرر مع التركيز على الجانب الأدبي منه في حالة وجوده مختلطا مع الضرر المادى.

ومن المسـائـل التي تعكس أهمية دراسة الموضوع ما يتصل بكيفية التعويض عن الاضرار الأدبية، أو مدى امكان التعويض عما ينشأ في ظل احكام المسئولية المدنية من اضرار ادبية، ولقد بات من المسلم به في فقه القانون والتشريع، ان للضرر الأدبي ذاتية متميزة ووجودا مستقلا يتميز بهما عن غيره من الاضرار التي تؤدى الى قيام المسئولية، ويكون بذاتية وتميزه سببا لقيام أركانها، وتحقق وجودها بما ستوجبه من محو لأضراره، أو تخفيف لأثـاره، ولكن تحديد نطاق المسئـولية عن الضرر الأدبي مازال يثـير بعض الاختـلاف في الـرأى حول المـدى الذي يجب أن تقف عنده حدود تلك المسئولية، وبخاصة مايتعلق منها بطبيعة الضرر الادبي في ذاته، ونطاق وجوده في ساحة المصالح المعتدى عليها منه، والتي تقررت المسئولية لحمايتها من خلالها له، ولعل هذا الاختلاف مرده الى عموم النصوص التي تعالج أحكام الضرر الأدبي، واطلاقها، فهي وان كانت تقرر أصل المبدأ وهو جواز التعويض عنه، الا أنها قد عبرت عن ذلك بنوع من العموم الذي لايحدد نطاقة، ولا يبين حدوده، وذلك مدخل طبيعي لاختلاف في الرأي حول تلك المسائل، بدأ ظهوره مع وجود فكرته، وانعكست أثاره على القضاء، الذي ترددت احكامه في أول العهد به بين الاعتبار والانكار، ورغم أن فكرة التعويض عن الضرر الادبي تشهد استقرارا ملحوظا في ظل التقنين المدني الجديد، والفقة، وما تجرى عليه أحكام القضاء، الا أن تفريد كثير من مسائله مازال في حاجة الى المزيد من التأصيل والـدراسـة.. ذلـك بالنسبـة للقانون وفقهه، أما بالنسبة للفقه الاسلامي، فيمكن القول: ان فكرة الضرر الأدبي، وقيام أحكام الضمان عنه تعد من المسائل التي تفرضها قضايا التشريع المعاصر، وتلح في استجلاء أحكامها من خلالها فقهه ومصادره، ورغم أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي أصبحت تشكل تواجدا مستمرا في حياة الناس، واستقـرارا ملحـوظا في ساحات المحاكم، الا ان ذلك التواجد المستمر، والاستقرار الواضح لها في مجال التطبيق لم يلقيا في مجال الدراسات الفقهية، مايجلى كثيرا من أحكام هذا النوع من الضمان، رغم تلك الاهمية التي حظى بها في المجال العملي، حتى أن فكرة التعويض عن الضر الادبي من فرط ندرة ما تلاقيه من اهتمام في مجال الدراسات الفقهية تبدو غير واضحة المعالم رغم تزايد أهميتها في وقتنا الحاضر، ورغم أن فقهاءنا القـدامى قد وضعوا الاساس السليم لما يؤصل أحكامها ويحدد معالمها، ويبين مدى مشروعية التعويض عن الضرر الحاصل من خلالها، أقول: رغم أن فقهاءنا قد أدوا واجبهم نحوها، ووضعوا أساس فكرتها، الا أن من بعدهم من المشتغلين بالدراسات

الفقهية لم يكملوا البناء، ولم يخلفوا مما يتعلق به، غير معلومات متناثرة هنا أو هناك، لايجمعها ضابط، ولا يربط بينها رابط، وهي على شدة أهميتها، لاتروى عطشا، ولا تشبع نهما، ومن ثم كان في حاجة إلى تأصيل وزيادة دراسة، تكمل هذا النقص أو تضيف الى بناء الفكرة جديدا يؤصل أحكامها ويجلى مسائلها على ضوء احكام التشريع الاسلامي، وهذا ما نرجوه من وراء تلك الدراسة.

أرجـو الله تبارك وتعالى أن يتقبل منى هذا العمل، وأن يجعله خالصا لوجهه، وأن ينفع به الاسلام والمسلمين، هذا وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه أنيب.

المؤلـــف
دكتور عبدالله مبروك النجار
استاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
جامعة الأزهـــر

## الخطة العامة لدراسة الموضوع

تقوم دراسة هذا الموضوع في اطارها العام على قسمين رئيسين:

**القسم الأول : ضوابط الضرر الأدبي وتطبيقاته في الفقهين الإسلامي والوضعي.**

**القسم الثاني: ضمان الضرر الأدبي في الفقهين الإسلامي والوضعي.**

# القسم الأول

## ضوابط الضرر الأدبي وتطبيقاته في الفقهين الاسلامي والوضعي

١ ـ نتناول في هذا القسم بيان حقيقة الضرر الأدبي فنعرف به ونبين خصائصه، وشروطه، ثم نحاول تأصيل تطبيقاته الفقهية في كل من الفقهين الاسلامي والوضعي، وسوف نتناول دراسة هذه المسائل من خلال البابين التاليين:

**الباب الأول** : حقيقة الضرر الأدبي.

**الباب الثاني** : تطبيقات الضرر الأدبي.

# الباب الأول

## حقيقة الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

٢ - في هذا الباب سوف نقوم بتعريف الضرر الأدبي ونبرز خصائصه في الفصل الأول، وفي الفصل الثاني نبين شروط الضرر الأدبي، وذلك على نحو التالي.

# الفصل الاول
# التعريف بالضرر الأدبي وبيان خصائصه

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص أولهما للتعريف بالضرر الأدبي. وثانيهما لبيان خصائصه.

## ( المبحث الأول )
## التعريف بالضرر الأدبي

وحيث أن الدراسة تقوم على المقارنة بين الفقهين الإسلامي والوضعي، فإنه يكون من المستحسن أن نخصص لكل إتجاه مطلبا، ونبدأ بالجانب القانوني.

### ( المطلب الأول )
### التعريف بالضرر الأدبي في فقه القانون

٣ ــ يملك الانسان باعتباره انسانا عدة مكنات أو ميزات تكمن في حياته، وفي القدرات التي منحها الله له والتي بها يقدر على العمل والتفكير، وهذه القدرات التي منحها الله له تسمح له من جانب أول أن يقوم بالأعمال الضرورية لحياته، ومن جانب ثان بالعمل ليكسب قوته، وهذه المكنات وتلك القدرات تشكل في مجموعها حق الحياة وهذا الحق بطبيعته غير مالي، لان تلك المميزات التي يتشكل من خلالها تعتبر بطبيعتها غير مالية.

والقدرات التي يملكها الانسان وتدخل في مكونات حق الحياة بالنسبة له، تكون في حد ذاتها قيمة لاتقل في أهميتها عن الحقوق المالية الاخرى التي تثبت له، ان لم تكن أكثر أهمية وخطرا، ولما كانت حقوق الانسان المالية تجعل له ذمة تتضمن تلك الحقوق، وتعرف بالذمة المالية، فان مكونات حقه في الحياة تستأهل بالضرورة وجود ذمة تتضمنها

تسمى بالذمة الادبية، وهي ذمة غير مالية تتضمن حقوقه الأدبية، كما تتضمن الاولى حقوقه المالية.(١)

والاعتداء على مقومات حق الانسان في الحياة، يسبب خللا عضويا يترتب عليه انتقاص تلك المقومات أو فقدها بالكلية. وقد يؤدي الى اصابة المضرور في قدرته المهنية. ومكونات حق الانسان في الحياة يتساوى فيها جميع الناس، لان معنى الحياة لايتفاوت من شخص لآخر، فكل انسان يتمتع بها بحسب الاصل، ومن ثم كان الضرر غير المالي (الأدبي) الواقع عليها بحسب الأصل ضرراً واحداً لايختلف باختلاف محله من انسان لآخر، ولكن الامر الذي يقبل الاختلاف هو ما يتبع التعدى على تلك المقومات من نتائج مالية تختلف تبعا لظروف كل فرد وحالته الشخصية، وبصفة خاصة طبيعة عمله.(٢)

ويستبين من ذلك ان الاعتداء على مكونات حق الانسان في الحياة، وهو مايمثل جوهر الضرر الادبي يترتب عليه ضرر مباشر، تمثيل في مجرد المساس بالقيم التي خولها هذه الحقوق، وضرر غير مباشر، يتمثل في الانتقاص من النتائج التي ترتبها تلك القيم أو فقدها.

### ٤ ـ حقيقة الضرر الأدبي:

والضرر بصفة عامة، يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك لانه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه.

فالضرر لايعتد به الا اذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك، فاذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضررا اخف منه فانه لايعتبر فعلا ضارا ولا يستوجب التعويض(٣).

---

(١) راجع في هذا المعنى: د. أحمد شرف الدين ـ انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ـ ص٩ ـ فقرة ٥-١٩٨٢م.

(٢) المرجع نفسه، وراجع: د. سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية ـ القسم الاول ـ فقرة ٦٢-١٩٧١م.

(٣) مثال ذلك ما لو نقلت مصلحة السكك الحديدية احدى محطاتها من مكانها إلى جوار ملك =

وإذا كان الضرر هو الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، فانه يستوى بالنسبة له أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك، أى أنه لايشترط أن يكون الحق الذي يحصل المساس به حقا ماليا كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الدائنية، بل يكفي المساس بأي حق يحميه القانون، كالحق في الحياة، الحق الانسان في حفظ شرفه واعتباره، بل انه لايشترط أن يكون المساس بحقه يحميه القانون، ويكفي أن يقع على مصلحة مشروعة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة، طالما أن هذه المصلحة مشروعة. أي غير مخالفة للقانون كمصلحة من يعولهم الشخص دون الزام قانوني عليه في بقاء الشخص على قيد الحياة[٤].

وعلى ضوء ذلك يعتبر ضررا أدبيا كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب وكل الم يصيب الانسان في جسده أو عاطفته كما في الضرب والاهانة، وقتل عزيز، وبوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير، سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء في جميع هذه الأحوال خسارة مالية أم لا[٥]

وقد أورد فقهاء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معان، فعرفه بعضهم بأنه[٦]: الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، وعرفه البعض الآخر بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له

---

= شخص معين بعد أن استبدلت قطاراتها التجارية بقطارات الديزل، فتضرر المالك المذكور من الضوضاء التي تحدثها المحطة الجديدة بجوار ملكه، وثبت أن الضرر الذي كان يسببه له تسيير القطارات البخارية بمحازاة ملكه كان أشد من ضرر الضوضاء لا يعتبر نقل المحطة الى جوار ملكه ضارا به لانه لم يجعل مركزه اسوأ من ذي قبل. راجع في ذى المعنى: حكم محكمة النقض المصرية في ٢٤/٢/١٩٤٤م ـ مجموعة القواعد القانونية لربع قرن رقم ٣٣ ص ٢٦٣ (طعن رقم ٧٦ س ١٣ ق) ـ موسوعة القضاء في المسئولية المدنية للاستاذ عبدالمعين جمعه ـ جـ ١ ـ ص ٣٣٨.

(٤) د. سليمان مرقس. السابق ـ فقرة ٦٢.

(٥) د. سليمان مرقس. السابق ـ فقرة ٦٣ ص ١٣١.

(٦) د. السنهوري ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩٢٧، مصطفى مرعي ـ المسئولية المدنية فقرة ١٢٢، د. حشمت أبو ستيت ـ نظرية الالتزام ـ فقرة ١٢٢، د. عبدالودود يحيى ـ الموجز في نظرية الالتزام ـ جـ ١ ص ٢٣٣.

سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية(٧).

ويبدو من خلال هذه التعريفات، أن معناها شامل للضرر المادي الواقع على الجسم والمال، وكذلك أيضا: الضرر الأدبي الواقع على النفس أو الشرف أو الاعتبار، وأن كلا الضررين يجب التعويض عنه(٨).

٥ ـ الضرر الأدبي في مفهوم الفقهـاء:

وقد خص فقهاء القانون الضرر الأدبي بالتعريف الذي يحدد ماهيته ويجلي مفهومه كنوع من الضرر ينبغي اظهاره توطئة لبيان ما يترتب عليه من ضمان يزيل آثاره، ويمسح آلامه، فعرفه بعض الفقهاء بأنه: ذلك الضرر الذي لايلحق ذمة الانسان المالية، بل يلحق ذمته المعنوية اذا صح هذا التعبير، والضرر المعنوى على أنواع، فمنه مايمس الكيان الاجتماعى للشخص كخدش الشرف، ومنه مايمس حقا ثابتا لانسان كأسمه أو خصوصياته، ومنه مايمس الشعور والعواطف كالألم الذي ينتاب الشخص لوفاة أحد احبائه، ومنه مايصيب الجسم وان لم يؤثر في القـدرة على العمـل كتشويه الوجـه أو تبريح الألم(٩).

وقد عرفه جانب آخر من الفقهاء: بأنه الالم النفسى الذي يشعر به المضرور من جراء اصابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح، والتشوية الذي يصيبه منها بجانب ما يؤدي اليه مثـل تلك الاصـابـات من اضرار مالية كنفقـات العـلاج والعجز عن الكسب، وقد يترتب الضرر الأدبي على الاثار المادية لهذا الاعتداء(١٠)، فالضرر الأدبي،

---

(٧) د. جميل الشرقاوى ـ دروس في النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الاول ـ فقرة ١١. د. عبدالحى حجازى ـ نظرية الالتزام ص ٤٧٠، والاستاذ حسين عامر ـ المسئوية المدنية، فقرة ٣٢١ ـ ص ٣٠٦، د. محمد حسين الشامي ـ ركن الخطأ في المسئولية المدنية ـ ص ٤٩٩، فقرة ٢٤٥.

(٨) د. محمد حسين الشامي ـ المرجع والمكان السابقان.

(٩) د. حلمى بهجت بدوى ـ اصـول الالتزامات ـ الكتاب الاول ص ٤٠٥، مطبعة نورى بالقاهرة سنة ١٩٤٣م، د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام ـ ص ٤٤٠، الاستاذ حسين عكوش ـ المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد ـ ص ١١٠، مكتبة القاهرة الحديثة. د. عبدالمنعم فرج الصده ـ مصادر الالتزام ـ فرة ٤٦٨ ـ دار النهضة العربية، د. جمال الدين زكى ـ نظرية الالتزام ـ جـ ١ فقرة ٢١٥.

(١٠) د. جميل الشرقاوى ـ النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ص ٤٨٤، طبعة ١٩٨١م.

هو الضرر الذي لايمس المال ولا يمس مصلحة مالية. وهو في الجملة عبارة عن الالم والحزن الذي يصيب الانسان[١١] والتعويض عن الضرر الأدبي يتحقق في الحالات التي يقع فيها اعتداء على حق من حقوق الشخص غير المالية أو الطبيعية، ويتحقق ذلك في حالة المساس بحق الشخص في الاسم أو الشرف أو الكرامة، وكل ما يتعلق بالنواحى الأدبية وايذاء السمعة وهي تتعلق بالكيان المعنوي للشخصية[١٢]، ويتحقق الضرر الأدبي كذلك بالنسبة لكل اعتداء على حق من حقوق الاسرة، بل قد يتحقق الضرر الادبي اذا وقع اعتداء على مصلحة أدبية للشخص، وعلى الشعور الانساني والعاطفة والمعتقدات الدينية[١٣].

وقد نصت المادة ٢٦٧ من التقنين المدني الاردني على أن كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي، يجعل المعتدى مسئولا عن الضمان، والمادة ٢٦٧ اردني مأخوذة عن المادة ٣٠٥ مدنى عراقي.

## (المطلب الثاني)
## التعريف بالضرر الأدبي في الفقه الإسلامي

٦ ــ وفي الفقه الاسلامي، يطلق الضرر، ويراد به ماهو ضد النفع[١٤]، وقد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان. استقوها من قول الله تعالى: واذا مس الانسان الضرر دعانا.. الآية[١٥]، فقالوا: ان الضر، بضم الضاد يتعلق بما يكون من سواء الحال والقوة والشدة الواقعين على البدن، وأما الضر بفتح الضاد، فهو ماكان ضد النفع[١٦]، وقد اطلق على نقص يدخل الاعيان[١٧].

---

(١١) د. عبدالحى حجازى ـ النظرية العامة للالتزام ـ ص ٤٧٣ ـ مطبعة نهضة مصر بالفجالة.

(١٢) د. توفيق فرج ـ السابق، د. جميل الشرقاوى ـ السابق، د. أنور سلطان ـ مصادر الالتزام ـ ص ٣٢٨ وما بعدها ١٩٨٣، دار النهضة العربية.

(١٣) د. عبدالودود يحيى ـ السابق.

(١٤) مختار الصحاح ـ ص ٣٧٩ ـ دار الفكر.

(١٥) سورة يونس ـ الآية ٢١.

(١٦) ابن منظور ـ لسان العرب ـ جـ ٢ص ٢٥٧٣، مادة ضرر.

(١٧) المصباح المنير: مادة ضرر.

وفي اصطلاح الفقهاء: ورد التعبير عن الضرر بعدة معان: منها الاتلاف، ومنها الاستهلاك، ومنها الافساد، ومنها الافعال الموجبة للضمان(١٨)، والواقع ان هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف، بل هي وصف للافعال الموجبة للضمان(١٩).

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه: الحاق مفسدة بالغير مطلقا، أو هو كل اذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، فيسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادى أو بنقص المنافع، أو زوال بعض الاوصاف(٢٠).

وقد عرف الضرر بعض الفقهاء المحدثين بأنه: اتلاف جزئى أو كلي لشيء مادى والمقصود بالاتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا(٢١).

وتعريف الضرر بالاتلاف قاصر، لانه لايشمل الجراحة التي لاتفقد كل المنفعة ولابعضها، ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وثمن الادوية، ولايشمل غير الجراحة مما لايفقد الشيء منفعته كلها ولابعضها، وانما يؤثر في كماله، كالخرق اليسير في الثوب، كما أنه لايشمل الاضرار بالقول، كما في سب الاخرين وشتمهم، فان فيه ضرر لهم، ولايسمى اتلافا(٢٢).

---

(١٨) راجع في هذا المعنى د. حسين الشامي، السابق، ص ٥٠٠

(١٩) الكاساني - بدائع الصنائع - جـ ٦ ص ٢٨٦، والضمان في الفقه الاسلامي للشيخ على الخفيف - ص ٤٦، ومجمع الضمانات للبغدادى. ص١٥٣، والقواعد في الفقه الاسلامي - لابن رجب - ص ٢٠٤، وراجع: ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد أحمد - ص ٢١٩ وما بعدها.

(٢٠) ابن حجر الهيثمي - فتح المبين لشرح الأربعين ص ٢٣٧، دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٥٢هـ، وفيض القدير - لمحمد المدعو عبدالرؤف المناوى - جـ ٦ ص ٤٣١، الطبعة الاولى ١٣٥٦هـ - المكتبة التجارية الكبرى.

ود. مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام - جـ ٢ - فقرة ٥٨٦، د. محمد فوزى فيض الله: المسئولية التقصيرية بين الشعرية والقانون - رسالة من كلية الشريعة جامعة الازهر عام ١٩٦٢ - ص ١١٧. د. وهبة الزحيلي - التعويض عن الضرر - بحيث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي، كلية الشريعة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الأول سنة ١٣٩٩ هـ ص ١١.

والشيخ على الخفيف - الضمان في الفقه الاسلامي ص ٤٦ وما بعدها.

(٢١) د. شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزام في التشريعة الاسلامية - فقرة ٢٢٩.

(٢٢) د. فوزى فيض الله - السابق - ص ١١٧.

وقد اشار فقهاء المالكية الى التفرقة بين الاتلاف والافساد، ومثلوا للاتلاف بقتل الحيوان، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وذكروا أن الافساد على نوعين، أحدهما: ما يذهب المنفعة المقصودة من الشيء كمن قطع يد عبد أورجل دابة، والثاني: مايكون يسيرا كثقب الثوب(٢٣)، وهذا البيان يفصح عن مدى مابين الاتلاف والمفسدة من فوارق، وقد عرف الحنفية الاتلاف بأنه: اخراج الشيء من أن يكون منتفعا به، منفعة مطلوبة عادة، وهذا اعتداء واضرار(٢٤)، سواء وقع اتلافا له صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحا للانتفاع، أم معنى، باحداث مايمنع الانتفاع به، مع قيامه في نفسه حقيقة، لان كل ذلك اعتداء واضرار، وسواء كان الاتلاف مباشرة بايصال الالة بمحل التلف أو تسبيبا بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة، لان كل واحد منهما يقع اعتداء واضراراً فيوجب الضمان(٢٥).

كما أن تعريف الضرر بالنقص الذي يدخل على الاعيان، قاصر أيضا، لعدم شموله للاتلاف الكلي، وان كان يمكن أن يدخل فيه بطريق الاولى، كما أنه لايشمل بنصه جميع الاضرار الادبية(٢٦).

لذلك يترجح لدينا أن تعريف الضرر بأنه الحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه أو اعتباره أو مشاعره هو الأولى، وهذا التعريف قريب مما قرره فقهاء القانون(٢٧).

---

(٢٣) القوانين الفقهية - لابن جزى - ص ٣١٨.

(٢٤) بدائع الصنائع للكاساني - جـ ٧ ١٦٤، وراجع: د. سليمان محمد أحمد - ضمان المتلفات - ص ١٩٤ حيث يقول: والفقهاء يطلقون احيانا كلمة الاتلاف على كل ما يؤدى الى ذهاب المال وضياعه وخروجه عن يد صاحبه.

(٢٥) بدائع الصنائع - جـ ٧ ١٦٥، وراجع: د. محمد فوزي فيض الله - الضمان في الفقه الاسلامي ص ٨٦، حيث يرى: ان الاتلاف يلحق به الافساد، وهو في بعض المصطلحات ادخال نقص يسير على الاعيان، أو هو اتلاف جزئي، وقد يقع اتلافا كليا، والاستهلاك وهو اتلاف المال في منفعة الانسان، كأكل الطعام وشرب اللبن، واشعال النار للتدفئة واحراق الوقود لانطلاق السيارة، والاهلاك وهو بمعنى الاتلاف، حيث يختلف عنه بأن الاتلاف افساد الشيء بلا منفعة، والاهلاك قد يكون بمنفعة.

(٢٦) د. فوزى فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون السابق ص ١١٨، د. سليمان محمد أحمد - المرجع نفسه ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢٧) راجع: د. فوزي فيض الله - المرجع نفسه - ص ١١٨، حيث يرى ان ادخال ال على غير في =

## ٧ ـ اصطلاح الضرر الأدبي مستحدث في الفقه الاسلامي

وعبارة الضرر الادبي عبارة مستحدثة الى حد كبير. ولم تكن معروفة بالصورة التي هي عليها في وقتنا الحاضر في كتب الفقهاء القدامى وان كانت أصول فكرتها قد وجدت متناثرة فيما كتبوه في باب الجنايات وباب الغضب بصفة خاصة وفي أبواب العقود بصفة عامة بالقدر الذي تقوم عليه مقومات تلك الدراسة، ولهذا لم يعن قدامى الفقهاء بتعريف الضرر الأدبي على حدة، كما لم يعنوا بدراسته على نحو مستقل مثلما يجرى عليه العمل عند المعاصرين من الفقهاء، الذين عنوا بتعريفه، كما عنوا بتأصيل أحكامه انطلاقا من الاساس الذي وضعه الاقدمون.

وقد عرفه بعض المحدثين من الفقهاء بأنه: الضرر الذي يصيب الانسان في شرفه أو في حق من حقوق الادبية، ويتشرط فيه ان يكون حالا، أو مستقبلا، محقق الوقوع كالضرر المادى[٢٨]، أو هو الحاق مفسدة في شخص الآخرين لافي أموالهم، وانما يمس كرامتهم أو يؤذى شعورهم أو يخدش شرفهم أو يتهمهم في دينهم، أو يسيء الى سمعتهم أو نحو ذلك من الاضرار التي يطلق عليها اليوم اسم الاضرار الأدبية[٢٩]، أو هو ما يصيب الانسان في شعوره، أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، او هو الذي قد يصيب الجسم، فيحدث تشويها فيه فيتألم الشخص لذلك، أي أنه عبارة عن الالم والحزن الذي يصيب الانسان[٣٠].

---

= تعريف الضرر مما يؤخذ على التعريف، وان كان ذلك يمثل خطأ مشهورا، ويقرر في هامش (٢) من نفسه الصفحة: ان وجه الخطأ في ذلك أن غير تلزم التفكير فلا يصح دخول ال عليها، وقد انتقد الشيخ عميرة ذلك في حاشيته على شرح الجلال المحلى في باب الغصب جـ ٣ ص ٢٦. وراجع: د. حسين الشامي ـ المرجع السابق ص ٥٠١ حيث يرى: ان عدم مشروعية الضرر لابد أن تدخل قيدا في التعريف، وعليه يعرف الضرر بأنه: الاذى غير المشروع الذي يصيب الانسان في نفسه أو ماله، أو شرفه أو عاطفته.

(٢٨) د. حسين الشامي ـ السابق ـ ص ٥١٢.

(٢٩) د. محمد فوزى فيض الله ـ نظرية الضمان في الفقه الاسلامي ـ السابق ـ ص ٩٢ ـ فقرة ١١٢ وراجع رسالته السابقة ـ ص ١٢٠، حيث يرى أن الضرر الأدبي هو انزال مفسدة في شخصية الاخرين.

(٣٠) د. وهبة الزحيلي ـ التعويض عن الضرر ـ السابق ـ ص ١٢.

**٨ ـ محل الحماية المقصود بتقرير المسئوية من الضرر الأدبي:**

ويبدو من خلال ما قرره فقهاء القانون الوضعي حول طبيعة الضرر الادبي، انه ضرر غير مالي، اي أن المصلحة المعتدى عليها لاتدخل تحت التعامل بالمال قصدا، وان كان تقويمها بالمال في حالة الفوات يمكن وروده، وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر الضرر ومواساة المعتدى عليه(٣١)، وأن محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الواقع عليها يمثل حماية الانسان في شرفه وعرضه وسمعته وعواطفه ومركزه الادبي في المجتمع، كما يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بالتشويه او اتلاف معنى من معاني الحياة في الانسان، وهذه المعاني في واقع الامر تمثل قيما تعلو فوق قيمة المال، ولا تقدر به اصلا، وان كان وروده كمقياس لقيمتها امرا ممكنا، وفي النهاية فان تقرير احكام المسئولية في تلك الحالة يمثل مصلحة مقصودة بالحماية، لأنها تستهدف حماية تلك القيم في الانسان والمجتمع، حتى لايستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدي عليها. وهذه المعاني يمكن ابرازها على ضوء احكام التشريع الاسلامي.

**٩ ـ الأحكام الشرعية تستهدف حماية المصالح المعتبرة:**

ومن المقرر شرعا ان أحكام الله انها تستهدف حماية مصالح الناس ورفع الضرر عنهم، ولهذا كان من مقاصد تلك الاحكام العامة حفظ ضرورات الحياة، التي تدخل تحت مسمى الضرورات الخمس والتي تحتل قمة المصالح المعتبرة التي أولتها الشريعة الاسلامية حفظها ورعايتها، وهذه الضرورات الخمس، هي الدين والنفس والعرض والمال والعقل، ولهذا يقول العز بن عبدالسلام: والمصالح المعتبرة التي تتجه الاحكام الفقهية الى تحقيقها وحفظها في الناس من خلال تكاليف التشريع الاسلامي تشتمل على ثلاثة أنواع أولها وأهمها المصالح الضرورية، وهي التي تتوقف عليها حياة الناس في الدنيا والآخرة، وبدون تلك المصالح لاتستقيم الحياة، وهي تنحصر في خمسة أمور استهدفتها الشريعة الاسلامية بالحفظ، وهى الدين والنفس والنسل والعقل والمال، ولهذه المصالح الضرورية تكاليف يحفظ بها كل من نوع منها، فحفظ الدين يتحقق بالايمان وعقوبة المرتدين الذين يتخذون آيات الله هزوا ولعبا ووسيلة للغش والتحايل،

(٣١) د. عبدالحي حجازى ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ ص ٤٥ وما بعدها.

ومثل هؤلاء لاينبغي أن يجزع لهم أحد من ناحية العقوبة المقررة لهم، كما يتحقق حفظ الدين بقتال المرتدين والمحاربين(٣٢)، وحفظ النفس من الضرورات وهو يتحقق بما حتمه الشارع من أحكام تحفظ النفس في وجودها كما تحفظها في شرفها واعتبارها والحقوق المكفولة لها بحكم الكرامة الانسانية الممنوحة لها، بقول الله تعالى: ولقد كرمنا بنى آدم(٣٣)، وكذلك يتحقق حفظ النفس بضمان التعدى الواقع عليها كلا أو بعضها من خلال مشروعية القصاص والديات في نفس والاطراف، وحفظ النسل يكون بالتشريع الذي يحمى أصل وجود الانسان مما يمس شرفه واعتباره كما شرع الاسلام النكاح وحرم السفاح ووضع العقوبة لمن يتعدى حدود الله، وحفظ المال يكون بالتعامل فيه مع الناس على حسب ما قرره الشارع، كنقل المال بعوض، أو بغيره، وحد السرقة وضمان المتلفات والغصب(٣٤).

وقد جاء في حجة الله البالغة للدهلوى: اعلم أنه كان من شريعة من قبلنا شمول الحياة بكل أسباب الحماية من قصاص المعتدين عليها ورجم للزناة وقطع في السرقة، وهذه أمور متوارثة في الشرائع السماوية، واطبق عليها جماهير الانبياء والاهم ومثل هذا يجب أن يؤخذ عليه بالنواجد ولا يترك(٣٥).

ولكن الشريعة المصطفوية تصرفت بنحو آخر فجعلت مزجرة كل مصلحة على مرحلتين:

**احداهما:** شديدة تتناسب مع المعصية الشديدة.

**والثانية:** دونها، ومن حقها ان تجعل فيما كانت المعصية دونها، ففي التعدى على النفس القود والدية، والاصل فيه قوله تعالى: ذلك تخفيف من ربكم ورحمة(٣٦).

كما أن المحافظة على النسل تتمثل في المحافظة على النوع الانساني بحيث يكون كل مولود يتربى بين أبوية ويكون له كالشيء يحميه، وتلك المحافظة تقتضي تنظيم الزواج ومنع الاعتداء على الانسان في شرفه، بل وتحرم قذف البريئات والبريئين بالزنا، ومن

---

(٣٢) قواعد الاحكام - للعز بن عبدالسلام - جـ ١ - ص ٥.
(٣٣) سورة الاسراء - آية ٧٠.
(٣٤) المرجع السابق - ص ٦ - والموافقات - للشاطبي - جـ ٢ ص ٨ وما بعدها.
(٣٥) حجة الله البالغة للدهلوى - جـ ٢ ص ١٥٨.
(٣٦) المرجع السابق، والآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة.

أجل ذلك كانت عقوبة الزنا وعقوبة القذف وغيرهما من العقوبات التي وضعت الجرائم فيها اعتداء على النسل بأي طريق من طرق الاعتداء قريبة أو بعيدة[٣٧].

## (المبحث الثاني)
## خصائص الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

### (المطلب الأول)
### خصائص الضرر الأدبي في فقه القانون

١٠ ــ ويبدو من تعريف فقهاء القانون للضرر الأدبي، انه ذلك النوع من الضرر الذي يأتي على حق من حقوق الانسان الادبية واذا كانت الحقوق التي يمكن ان تثبت للانسان منها ماهو مالى ومنها ما هو غير مالى، فان مايخص موضوعنا هو الضرر الأدبي أو الضرر غير المالي، ولذلك كان من خصائص هذا الضرر أنه يرد على حقوق ثابتة للانسان، وان هذه الحقوق حقوق غير مالية ونود أن نبرز هاتين السمتين للضرر الادبي.

**١١ ــ أولا: ورود الضرر على حقوق ثابتة للانسان:**

فالانسان بحكم كونه انسانا تثبت له حقوق كثيرة، منها ماهو مالى ومنها ماهو أدبي، والحقوق الادبية كثيرة منها مثلا حقوق الشخصية، تلك الحقوق التي تكفل للشخص أن يستمتع بوجوده، وبكل ماهو مرتبط بشخصه ارتباطا لاانفصام له، والغالب في هذه الحقوق، انها ليست سلطة تتقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف في نفسه كيف شاء، ولكنها حقوق موجهة نحو الغير يقصد بها الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده[٣٨].

ولقد كان فلاسفة القانون الطبيعي يطلقون على هذه الحقوق اسم الحقوق الطبيعية

---

(٣٧) الخراج لأبي يوسف ـ ص ١٧٧ وما بعدها. وراجع في هذا المعنى: التشريع الجنائي الاسلامي ـ للاستاذ عبدالقادر عودة جـ ١ ص ٦٠٩، اعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ جـ ٢ ص ٩٥، وما بعدها ـ دار الفكر ـ بيروت.

(٣٨) د. عبدالحي حجازى ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ ص ٢٤.

droit naturels أو الحقوق الثابتة في الانسان. droit innes ، ولم يكن القانون الروماني يعرف الحقوق الادبية التي تثبت للانسان، باعتبارها طائفة من الحقوق قائمة بذاتها الا أن حماية هذه الحقوق كانت تتأدى عن طريق دعوى قصد بها حماية الشخصية بصفة عامة أى حماية الكيان الجسدى والروحي للانسان، وكان يطلق على هذه الدعوى اسم دعوى الاعتداء iniuriam actio أما في القانون الحديث، فان الامر على عكس ذلك، اذ الملاحظ أنه بقدر ما تتقدم المدنية يزداد احترام شخصية الانسان، وخصائصها الجوهرية مما أفضى الى الاعتراف بعدد كبير من الحقوق الادبية للانسان مثال ذلك ما ذهبت اليه بعض القوانين، كالقانون الارجنتيني في المادة ٢٣١٢، والقانون النمساوى الذي نص في المادة ١٦ منه على أن: كل انسان له حقوق طبيعية تنشأ من مجرد كونه انسانا[٣٩].

ورغم أن القانون الفرنسي وليد الثورة والمبادىء الخالدة الموجودة في اعلان حقوق الانسان. الا انه لم يتكلم عن جانب كبير من الحقوق الادبية التي تثبت للانسان وعلى الاخص حقوق الشخصية وحذت حذوه في ذلك كل الدول التي استمدت قوانينها من نهله، ومنها القانون المدني الايطالي الصادر سنة ١٨٦٥م، والقانون المدني المصرى الصادر سنة ١٨٨٣م، ولكن القضاء استطاع أن يضع في طائفة تلك الحقوق كثيرا مما أهمله التشريع، واعترف للشخص بكثير من الحقوق الادبية التي يستطيع مباشرتها في حرية دون أن يعوق استعمال الآخرين لحقوقهم[٤٠].

أما القانون الايطالي الحديث الصادر سنة ١٩٤٢م، فنظم الكثير من الحقوق الادبية للانسان، وخاصة ما نص عليه في المادة (٥) منه، على حق الانسان على بدنه، والتصرفات التي لايجوز للانسان أن يجريها عليه فقال انه: يمتنع على الشخص ان يقوم على بدنه بأعمال من شأنها أن تحدث نقصا دائما في كيانه، أو تكون مخالفة للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب، وكذلك نص في المادة (١٠) على حق الانسان في الا يعبث أحد بصورته أو بصورة والديه أو أبنائه القصر أو زوجته.

ولم يخل القانون المدني المصرى الجديد من النص على بعض تلك الحقوق الادبية فذكر في المادة (٣٨) منه على أن لكل شخص اسما ولقبا، وذكر في المادة (٥١) أن لكل

(٣٩) د. عبدالحي حجازى - نظرية الحق في القانون المدني - ص ٢٥.
(٤٠) المرجع والمكان السابقان.

من نازعه الغير في استعمال اسمه بلامبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ونص في المادة (٤٤) على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية كما نص في المادة (٤٩) على أنه ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية، أما المادة (٥٠) فقد ذكرت من الحقوق الادبية حقوق الشخصية، ونصت على حمايتها بقولها: لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر، وفي هذا الاطار يتبلور عدد كبير من الحقوق الادبية التي تثبت للانسان مثل حقه في تمييز ذاته، وحماية كيانة الادبي والفكري والبدني، وحماية حرياته الشخصية، وهذه كلها حقوق أدبية ثابتة له(٤١).

## ١٢ ـ معيار تمييز الضرر الأدبي:

والضرر الادبي كما سبق القول، يندر أن يجيىء مستقلا في مجال التعدى على الحقوق، بل الغالب فيه أن ياتي ممتزجا مع غيره من الضرر المادى، ولذلك حرص جانب من الفقه على إبراز المعيار الذي بمقتضاه يمكن التعرف على وجود الضرر الأدبي، ليكون وجوده محددا.

والتمييز بين الضرر المادى والضرر الادبي يمكن أن يرتكز على معيارين:

**المعيار الأول**: ينظر الى طبيعة الحق او المصلحة التي وقع الاعتداء عليها.

**والمعيار الثاني**: يأخذ بطبيعة النتائج أو الآثار المترتبة على هذا الاعتداء.

وطبقا للمعيار الاول: يكون الضرر ماديا اذا كان الحق ماليا (سواء كان حقا عينيا أم حقا شخصيا)، أما اذا كان الحق غير مالي، كالحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الاسرة فان الضرر يكون أدبيا(٤٢).

وطبقـا للمعيار الثاني: فإن الضرر المادي يتمثل في الخسارة المالية التي تنتج عن

(٤١) في هذا المعنى: المرجع نفسه ـ ص ٢٦.

(٤٢) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ فقرة ٩ ص ١٢، د. جمال الدين زكى ـ الوجيز في نظرية الالتزام ـ جـ ١ فقرة ٢٥٥ ص ٤٩٠، فقرة ٢٥٦ ص ٤٩٢، د. اسماعيل غانم ـ النظرية العامة للالتزام ـ جـ ١ ـ ص ٤١٦، د. عبدالرزاق السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ص ٩٧٠ وما بعدها.

المساس بحق أو مصلحة سواء أكان الحق أو المصلحة ماليا أم غير مالي، وبعبارة أخرى يعتبر ضررا ماديا كل مساس بحق أو بمصلحة مشروعة سواء كان هذا الحق ماليا أم غير مالي على نحو يترتب عليه تفويت مزية مالية تنتج لصاحب هذا الحق من استعماله أو يكبده تكاليف مالية، أما الضرر الادبي فهو الذي يصيب الانسان في جسمه اصابة تسبب له آلا ما جسمانية أو نفسيه أو تصيبه في عواطفه أو شرفه أو كرامته أو في شيء يحرص عليه الانسان دون أن يسبب له خسارة مالية(٤٣).

وتطبيقا للمعيار الثاني: الذي يستند الى أثر الاعتداء فانه اذا حدث اعتداء على حق مالي، ولم يترتب عليه انتقاص في المزايا المالية التي يخولها هذا الحق، فان المساس به لايعتبر ضررا ماديا ولكنه قد يرتب ضررا أدبيا اذا أصاب الشخص في عواطفه أو شعوره أو في غير ذلك من القيم التي يحرص الناس على المحافظة عليها(٤٤).

١٣ ــ وكذلك قد يقع الاعتداء على حق غير مالي ومع ذلك يعتبر الضرر ماديا متى ترتب على هذا الاعتداء الانتقاص من المزايا المالية التي تنتج عن استعمال هذا الحق، فكل مساس بصحة الانسان وسلامة جسمه يعتبر ضررا ماديا اذا ترتبت عليه خسارة مالية، كالاصابة التي تقتضي نفقات للعلاج أو التي تفوت الكسب على المضرور، وهو ماكان يحصل عليه من مقابل مالي لعمله(٤٥).

ولما كان حق الانسان في سلامة جسده وحياته يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية أي يعتبر حقا غير مالي، فان الضرر الذي ينتج مباشرة عن المساس به، والذي يتمثل

(٤٣) د. أحمد شرف الدين ـ ص ١٣، د. سليمان مرقس ـ تعليقات على الاحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه ـ مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٨ س ١٨ ع ١ ص ٢٧٩، د. أحمد سلامة ـ مذكرات في نظرية الالتزام ـ الكتاب الاول ـ مصادر الالتزام فقرة ١٧٨ ص ٢٧٩، طبيعة ١٩٧٥م، وقارن: د. محمد لبيب شنب ـ دروس في نظرية الالتزام ـ مصادر الالتزام ـ ص ٣٢٩، طبعة ١٩٧٦، حيث يرى لتحديد طبيعة الضرر المادى: أن يكون ناشئا عن الاخلال بمصلحة مالية ويؤدي الى خسارة مالية.

(٤٤) د. أحمد سلامة ـ المرجع نفسه، د. سليمان مرقس ـ المسئولية فقرة ٦٣، د. جمال زكي ـ السابق فقرة ٢١٤، د. محمد لبيب شنب. موجز المصادر غير الارادية ـ ص ٢٢ وما بعدها. د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٤٨٤.

(٤٥) د. عبدالحى حجازى ـ مذكرات في نظرية الحق ـ ص ٤٥ وما بعدها ـ ١٩٥٥م، د. جمال زكي ـ السابق ـ فقرة ٢٥٥ـ ص ٤٩١.

أساسا في العجز الجسدى، يكون ضررا أدبيا وفقا للمعيار الأول، ومع ذلك فان بعض الفقهـاء قد اعتبروا هذا المساس ضررا ماديا، وذلك تأسيسا على آثار الاعتداء التي تتمثل في نفقات العلاج بأنواعها المختلفة وما ينجم عنه من عجز في القدرة عن الكسب يعبر عنه بخسارة الأجر أو المصادر الاخرى للربح .

فاتلاف عضوا واحداث جرح أو اصابة الجسم أو العقل بأى أذى يعتبر ضررا ماديا اذا أدى الى انتقاص قدرة الشخص على الكسب أو تكبيده نفقات مثل نفقات العلاج، وهكذا يترتب على الضرر الأصلي حدوث أضرار تمس الشخص في ذمته المالية، وهذه الاضرار تعتبر نتائج غير مباشرة للاعتداء على الحق في سلامة الجسم أو الحياة، ومن هذا يتضح أن الضرر المادى قد يصيب المال عن طريق المساس به مباشرة أو عن طريق الحقوق الادبية للانسان[٤٦].

كذلـك يترتب على الضرر المبـاشر المتمثـل في المساس بالحق الادبي الحاصل من مقومات الحياة للانسان، آثار غير مالية تتمثل في الألم الجسماني الذي يعاني منه المضرور وفي الألم النفسي الذي قد يحسه من جراء ما نتج عن الاصابة من تشويه[٤٧]، ومن ثم يكون الاعتداء على حق الانسان في مقومات حياته وشرفه واعتباره ضررا أدبيا يشمله التعويض ويمثل مظهرا من مظاهر ارتقاء شخص الانسان، والمقصود من اقرار الحق في التعويض عن الضرر الأدبي هو حماية المميزات التي يملكها الانسان على جسمه[٤٨].

وعلى ضوء ماسبق فانه يمكن القول أن فقة القانون الوضعي قد استقر على أن الضرر الأدبي يتمثل في ذلك النوع من الضرر الذي لايصيب الانسان في حق مالي أو

---

(٤٦) د. سليمـان مرقس ـ تعليقـات على الاحكـام، ص ١٢٩، د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١٤.

(٤٧) د. جمال زكي. المرجع نفسه، د. اسماعيل غانم ـ المرجع نفسه، د. أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه، د. السنهوري الوسيط ـ جـ ١ فقرة ٥٧٧، د. محمد كامل مرسي ـ الالتزام جـ ٢ فقرة ٥١، د. أنور سلطان ـ مصادر الالتزام ـ فقرة ٤٥٤، د. عبدالمنعم فرج الصده، مصادر الالتزام ـ فقرة ٤٦٨، د. توفيق فرج ـ مصادر الالتزام ـ ص ٣٨٩، د. نعمان جمعة دروس في الواقعة القانونية ـ ص ٥٣.

(٤٨) Savatire (R): Les Me tomorphoses economique et sosiales du droit prive d'a au jourd'hui T, 3. Paris, 1957, P.P. 15-20.

مصلحة مادية، بل هو الذي يصيب الانسان في مصلحة غير مالية[٤٩]، فيشمل كل الم يصيب الشخص سواء كان الما جسمانيا أو نفسيا ترتب على المساس بعاطفته، أو كرامته أو أى معنى من المعانى التي يحرص عليها الناس، بل لقد تعتبر المضايقة ان لم تكن تافهة ضررا أدبيا واجب التعويض[٥٠].

وأمثلة الضرر الأدبي كثيرة، وهي عديدة في نقل الاشخاص بصفة خاصة، فاذا اصيب الراكب أثناء النقل وجب تعويضه فضلا عما أصابه من ضرر مادى عن الآلام الجسمانية التي سببها له الحادث واذا ترتب على اخلال امين النقل بالتزامه أن تأخر الراكب عن الموعد المحدد لجنازة شخص عزيز عليه، كان له الحق في التعويض عما سببه له ذلك من ألم نفسي، بل لقد قضى بالتعويض للراكب عن عدم ايجاد محل له في الدرجة التي يحمل تذكرتها، واضطراره الى الجلوس في درجة أدنى، وعما تسببه له توقف القطار أثناء السفر من تعب ومضايقة.

ومن صور الضرر الأدبي ماقد يصب المريض من آلام جسمانية بسبب اهمال الطبيب في العلاج، وما قد يصيبه من ألم نفسى نتيجة للتشوه المترتب على هذا الاهمال. وبصفة خاصة ان كان المريض من النساء، وقد يفشى الطبيب سرا للمريض فيصيبه بضرر في سمعته، واذا اتفق مؤلف على نشر كتاب التزم الناشر بالا يحدث أي تغيير فيه احتراما لما للمؤلف من حق أدبي على مصنفه، فاذا أخل بالتزامه الزم بتعويض المؤلف عما اصابه من ضرر أدبي ولو لم يترتب على ما أحدثه الناشر من تغييرات أى ضرر مادى، بل ولو زاد الكتاب رواجا بسببها[٥١].

ان حماية حقوق الانسان الادبية، لاتقل عن حق الانسان في حماية الحياة ذاتها وان من مآثر العصر الحديث انه قد ضمن حدا ادنى من الاحترام للانسان يجب توافره له، وحمايته مما ينال منه.

ويحصل الاخلال بالحقوق الادبية للانسان من خلال التعدى عليها، فمثلا حق

(٤٩) د. عبدالرزاق السنهوري - السابق - ص ٨٦٤، د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام - ص ٥٩٠، د. عبدالرزاق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - المصادر غير الارادية - ص ٦٧، طبعة جامعة الملك سعود.

(٥٠) د. اسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام - جـ ٢ ص ٦٣- طبعة ١٩٦٧م.

(٥١) د. اسماعيل غانم - المرجع نفسه.

الانسان في تمييز ذاته يمكن أن يرد عليه الاعتداء بانتحال الاسم، وحق الانسان في حماية كيانه الادبي يمكن أن يرد التعدى عليه بالحط من قدر الانسان أو بتعريضه لاحتقار الناس وازدرائهم، كان يقال عنه: إنه على شفا الافلاس أو انه فاعل اصلى أوشريك في جريمة أو تنسب اليه أعمال مزرية، كأن يقال عنه انه سكير، أو يهمل في أداء واجبه أو يعزى الى طبيب موت أحد عملائه، أو الى محام خسارة دعوى(٥٢).

كما يحصل حماية هذه الحقوق بتعويض الاضرار الادبية التي لحقت بالانسان من جراء التعدى على حقوقه الادبية، وبالنص على ازالة العمل الضار كما سنرى.

**١٤ ـ ثانيا: الحقوق الادبية لاتقوم بالمال:**

ويقرر فقه القانون عادة أن الحقوق الأدبية التي هي محل التعدى في الضرر الأدبي ليست حقوقا مالية، كما أنها ليست أموالا، ومن ثم فانها لايمكن أن تقاس بالمقياس المشترك الذي تقاس به الاموال وهو النقود(٥٣).

.. وهذا القول محل نظر، فليس معنى أن الاعتداء على هذه الحقوق لايصلح أن يستحق عنه تعويض مالي بحسب الأصل، فالاعتداء عليها قد ينطوى على نيل من ضرر مالي مباشر، وذلك في الصور التي يوجد الضرر الأدبي فيها ممتزجا بالضرر المالي، وذلك كما في الاعتداء على حق المؤلف مثلا، كما قد ينطوى الاعتداء فيها على ضرر مادى غير مباشر، كما في حالة الاعتداء على الكيان الجسدى للشخص، في هذه الحالات، لاجدال في وجود الالتزام باصلاح الضرر، ولكن الغالب أن يترتب على الاعتداء على الحقوق الأدبية ضرر غير مالى أو أدبي. الذي هو عبارة عما يصيب النفس من ألم وحزن، والذي كان يوجد خلافا في الفقة والقضاء حول ما اذا كان يمكن التعويض عنه بالمال أم لا، ولقد كان الاعتراض الرئيسى عند نفاة التعويض عن الضرر الادبي هو استحالة التعادل بين الضرر الحاصل والتعويض المطلوب، ولما كان هذا التعادل هو الشرط الرئيسى في كل تعويض مدني لزم الا يجوز التعويض عن الضرر

(٥٢) د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤١.

(٥٣) راجع في هذا المعنى: د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار، ص ١٥٥، وما بعدها. طبعة ١٩٨٨، د. السنهوري ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٦٦. د. عبدالحي حجازي ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٧٤ ـ طبعة ١٩٥٤ مكتبة نهضة مصر بالفجالة، والاستاذين حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٢٤٤، وما بعدها.

الأدبي لانه غير مالي أصلا، ولايمكن تقويمه بالنقود[٥٤].

ولكن هذا الاعتراض مردود، لما هو معروف من أن التعادل بين الضرر والتعويض ليس معناه المساواة بينهما، فعندما يقال: أن التعريض يجب أن يعادل الضرر، فليس معنى ذلك أن التعويض يجب أن يساوى الضرر، فالتعادل الحسابي الكامل بينهما لتعويض الضرر ليس ممكنا حتى في الاضرار المباشرة، والحاصل أن يقدر التعويض دائما بالتقريب، صحيح أن هذا التقدير التقريبى أسهل في الاضرار المادية منه في الأضرار الأدبية، حيث يستبدل بالمال الذي هلك أو نقص مال آخر من نفس الطبيعة المادية، ولكن هذا لا يمنع من إمكان حصول التقدير التقريبي في حالة الضرر الأدبي[٥٥].

ان الضرر الأدبي معناه انعدام أو نقص منفعة أدبية، انعدام سرور وزوال سعادة، حدوث ألم وحزن، ومن ثم يجب أن يكون التعويض من شيىء يجلب شعورا سارا يترتب عليه بعض السلوى والعزاء. وان كان لايمكن أن يمحو آثار الالم الحاصل، ولما كان المقياس المشترك للقيم هو النقود، وجب أن يعطى للمضرور مبلغا من المال، لاعلى أنه معادل في الكم والكيف للسعادة الزائلة، ولكن باعتباره وسيلة للتخفيف من الألم الذي حاق به، وهذا هو الذي أخذ به القانون المدني المصرى الجديد اذ نص على أن التعويض يشمل الضرر المادى والأدبي (المواد ١٧٠، ٢٢١، ٢٢٢) وبهذا يمكن القول: بأن الوقت قد حان ليوحد القضاء أحكامه في هذا الصدد على هدى النص الجديد (مادة ٢٢٢)، الذي لم يكن له مقابل في التقنين المدني السابق[٥٦].

**١٥ ـ مايترتب على عدم مالية الحقوق الأدبية أصالة:**

واذا كان الأصل أن الحقوق الأدبية التي ينال منها الضرر الأدبي ليست من قبيل الاموال اصلا، وان كان هذا لايمنع من ورود تعويضها بالمال ـ كما سبق ـ فقد ترتب على هذه السمة أمران:

**١٦ ـ أولهما: عدم قابليتها للتصرف أو الانتقال الى الورثة:**

حيث أن الحق اذا كان أصلا غير مالي فانه لاينتقل الى الورثة، لان الذي ينتقل الى

---

(٥٤) د. عبدالحى حجازى ـ نظرية الحق ـ ص ٤٥.
(٥٥) المرجع والمكان السابقان.
(٥٦) د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤٦.

الـورثة من الحقوق، هي الحقوق المالية، لكن هذا القول ليس على اطلاقه بالنسبة للحقوق الأدبية لما هو معروف أنها تتضمن في طياتها حقوقا مالية، واذا لم تكن تتضمن في طياتها حقوقا مالية، فإنها على الأقل تئول الى مال بالتعويض عنها، ومن ثم كان القول بعدم امكان التصرف فيها وعدم امكان انتقالها الى الورثة ليس مسلما به على اطلاقه.

ان لافراد عائلة المتوفي مثلا اذا اعتدى على حقوق شخصيته، الحق في أن يرفعوا دعوى ضد المعتدى، بصفتهم مضرورين شخصيا من تعدى الغير على حق مورثهم الأدبي، فلو أن شخصا اغتصب اسمه، يكون لهم أن يقاضوه لابصفتهم ورثة، فان الحق الأدبي لاينتقل اليهم بالوراثة، ولكن للحوق الضرر بهم بصفة شخصية، فهم يرفعون الدعوى باعتبارهم أصحاب حقوق خاصة بهم شخصيا[٥٧].

واذا كان الاصل أن للانسان حقا شخصيا في سلامة جسده يعصمه من اعتداء الغير عليه، وان حق السـلامة هذا حق غير مالي، فليس معنى ذلك مصادرة جميع أنواع التصرفات الوارة عليه، بدليل أن هناك عددا من العقود غير قليل تعتبر صحيحة، رغم أن الشخص بمقتضاها يتصرف في جسمه بطريق مباشر أو غير مباشر، كما في عقد الرضاعة أو عقد العمل، أو عقد السيرك مثلا[٥٨].

ولهذا الاعتبار قيدت بعض القوانين حق الانسان في ممارسة التصرفات على حقوقه المقررة له كانسان له الحق في سلامة جسده، ومنها القانون الايطالي الذي حرم على الشخص أن يتصرف في جسمـه تصرفا يعقب نقصا مستديما في كيانه الجسدى، أو يكون مخالفا للقانون او للنظام العام أو للعادات الحسنة (م ٥) وبهذا لاتكون تصرفات الشخص الواردة على جسمه صحيحة ـ وفقا للقانون الايطالي ـ الا بتوافر شرطين:

**١٧ ــ الأول: الا يترتب عليها نقص دائم في الكيان الجسدى:**

وهذا الشرط يقدم للمفسر ضابطا دقيقا للفصل بين ما يحل وما يحرم من التصرفات التي يجريهـا الشخص على جسده، تأكيدا على أن سلامة الجسد هي شرط جوهرى لإمكان قيام الشخص بواجباته نحو الجماعة والعائلة، وتأكيدا على أنه لايجوز الاعتراف

(٥٧) المرجع والمكان السابقان.

(٥٨) د. عبدالحي حجازى ـ السابق ص ٣٧.

بأى حق للفرد الا في حدود صالح الجماعة.

**١٨ ـ الثاني: ألا تكون هذه التصرفات مخالفة للقانون او النظام العام والأداب:**

وهذا الشرط لايغنى عنه الشرط الاول، فهناك تصرفات لايترتب عليها نقص دائم في الكيان الجسدى للشخص، ولكنها تكون مخالفة للقانون، كان يؤجر شخص لآخر خدماته طوال حياته(٥٩).

ويترتب على كون حق الشخص على جسده ليس حقا مطلقا، أنه لايجوز للشخص أن يقتل نفسه، فالانتحار أمر يحرمه الاسلام، كما يحرمه القانون وأن كان لايعتبره جريمة، كما لايجوز للشخص أن ينقص كيانه الجسدى ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق يترتب على تنفيذه حرمان أحد المتعاقدين على سبيل الدوام من أحد عناصر جسمه، كما لو أصيب رجل بالعقم لكبر سنه، فاتفق مع شاب على أن يتنازل له عن غدة تناسلية مقابل مبلغ من المال، مثل هذا الاتفاق يقع باطلا، كذلك يقع باطلا تنازل شخص عن احدى عينيه.

لكن يجوز للشخص أن يتصرف في جزء من دمه لمصلحة شخص آخر، على نحو ما شاع في هذه الأيام، وهذا عمل نبيل وجائز قانونا، لأن الدم سائل يتجدد يوميا ولايترتب على التنازل عن بعضه الاضرر طفيف لايؤثر في الوظائف العادية للجسم، ومع ذلك فان أخذ دم من شخص كرها ولو لإنقاذ شخص آخر يعتبر تعديا يترتب عليه وجوب اصلاح الضرر، ليس المادى فحسب، بل وكذلك اصلاح الضرر الأدبي الناشىء عن التعدى على حق الشخص في سلامة جسمه وهو يعتبر من حقوقه الأدبية(٦٠).

**خلاصة القول:** إن هناك تطورا قد حدث في مجال النظرة الى الحقوق الأدبية، كما حدث بالنسبة لحق الانسان في معصومية جسده، بدأ الانسان من خلالها يتعامل مع هذه الحقوق بما يتضمن خروجا على الاطلاق في تقدير المعصومية(٦١).

ورغم هذه التطورات فان مبدأ حرمة التعامل في تلك الحقوق ما زال قائما الى مدى

---

(٥٩) المرجع السابق ـ ص ٣٨، وراجع د. حمدي عبدالرحمن ـ فكرة الحق ـ ص ٤٥.

(٦٠) د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٣٩.

(٦١) د. حمدى عبدالرحمن ـ السابق ص ٤٥.

بعيد، ولم تؤد التطورات الاجتماعية والعلمية والطبية المعاصرة الا الى تقدير بعض الاستثناءات على المبدأ المذكور لأسباب قد تقتضيها المصلحة العامة على نحو ما نصت عليه المادة (٤٣ من دستور جمهورية مصر العربية)، على أنه لايجوز اجراء أى تجارب طبية أو علمية على أى انسان بغير رضائه الحر(٦٢) وكما في استيفاء اجراءات التحقيق(٦٣)، فان مصلحة التصرف على الكيان الجسدى في تلك الحالة مما تقتضيه المصلحة العامة.

**ثانيهما: عدم قابليتها للسقوط بالتقادم:**

١٩ ــ كما يترتب على عدم مالية هذه الحقوق بحسب الأصل، انها لاتقبل السقوط بالتقادم فمثلا حق الانسان في تمييز ذاته يعتبر حقا من حقوقه اللصيقة بشخصه، ومن ثم لايقبل السقوط بالتقادم فاذا سكت شخص عن استعمال حقه الأدبي مدة طويلة لايترتب على ذلك سقوط هذا الحق بالتقادم(٦٤).

## ( المطلب الثاني )
## خصائص الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٢٠ ــ واذا كان من الممكن أن نرجع المصالح التي اضيرت من جراء الضرر الأدبي وفقا لما هو مقرر في فقه القانون، الى حق الانسان في سلامة جسده وحقه في حماية شرفه واعتباره وسمعته، وحقه في عدم المساس بعواطفه وحقه في عدم التعدى على حق ثابت له كحقه في تمييز ذاته، وحماية خصوصيات حياته.

فإن هذه الحقوق التي تعتبر محلا للضرر الأدبي تمثل مصالح مستقرة لأصحابها

---

(٦٢) المرجع السابق ـ ص ٥٤، وراجع: د. أحمد شرف الدين ـ الاحكام الشرعية للأعمال الطبية ـ ص ٥٠ وما بعدها.

(٦٣) يلاحظ أن القانون قد يبيح تحليل الدم للحصول على دليل كما هو الحال بالنسبة لمرسوم ١٨ يناير سنة ١٩٥٥ في فرنسا، والذي يجيز تحليل دم السائق عقب حادث المرور اذا اشتبه أنه يقود السيارة وهو في حالة سكر، المرجع السابق ـ ص ٦١ هامش (٢) وراجع في هذا المعنى: د. أحمد سلامة ـ المدخل لدراسة القانون ـ الكتاب الثاني ـ فقرة ١٠١ وما بعدها ـ طبعة ١٩٥٩م. د. اسماعيل غانم ـ محاضرات في النظرية العامة للحق ـ ص ٢١ وما بعدها ـ طبعة ١٩٥٨م، د. توفيق فرج ـ المدخل للعلوم القانونية ـ ص ٤٧١ وما بعدها طبعة ١٩٧٦م.

(٦٤) د. عبدالحي حجازي ـ السابق ـ ص ٤٦.

والتشريع الاسلامي يقررها، حيث أثبت الشارع مثل تلك الحقوق لاصحابها ومن ثم كانت داخلة ضمن المصالح التي اعتبرتها الشريعة الاسلامية وقررت لها كل أسباب الحفظ والرعاية تقديرا لها وحفظا لوجودها.

ومن ثم تتسم هذه الحقوق بثلاث خصائص:

**٢١ ــ الأولى: أنها تمثل حقوقا لأصحابها:**

أى أن تلك المصالح تمثل نوعا من الحقوق المقرر شرعا، وان هذه الحقوق ثابتة لأصحابها بمقتضى النصوص الواردة في كتاب الله تعالى. وسنة نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ واجماع علماء أمته، واذا كان من ضمن تلك الحقوق حماية النفس من التعدى عليها بما قد ينال منها على سبيل الكلية بالقتل أو البعضية بالجرح والضرب، فان ذلك مما يحرمه الله ـ عز وجل ـ، كما يعاقب عليه بما يحفظه ويمنع من التعدي عليه، والآيات في هذا المعنى كثيرة، منها قول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق، **ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل انه كان منصورة﴾**(٦٥) حيث دلت الآية الكريمة على تحريم قتل النفس مطلقا، اذا كان هذا القتل بغير حق، وتحريم قتل النفس من أقوى أسباب حفظها، ومن ذلك قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «اجتنبوا السبع الموبقات قيل يارسول الله: وما هي ؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق، وأكل الربا، وأكال مال اليتيم، والتولى يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»(٦٦).

وقد جاء فيما رواه عبدالله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «**لايحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأني رسول الله الا باحدى ثلاث: الثيب، الزاني والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة**(٦٧)، وقد شدد الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في حرمة الدماء، وأبرز في أحاديثه عظم شأنها، ومن ذلك مارواه عبدالله بن مسعود أيضا أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «أول ما يقضى بين

**(٦٥) سورة الاسراء ـ الآية ٣٣.**

**(٦٦) الحديث رواه الامامان البخاري ومسلم، راجع: شرح السنة للبغوى ـ جـ ١ـ ص ٩١ ـ طبعة مجمع البحوث الاسلامية**

**(٦٧) الحديث متفق عليه، راجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ص ٤٣٩ ـ مطبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية.**

**الناس يوم القيامة في الدماء»، متفق عليه[٦٨]، فالحديث يدل على عظم شأن الدماء** حيث لايقدم في القضاء الا الأهم.

٢٢ — واذا كانت الأدلة السابقة تدل على حرمة التعدى على النفس، فقد دلت الدلائل من كتاب الله تعالى وسنة نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ على تحريم التعدى على أبعاض النفس بالضرب أو الجرح، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسن بالسن، والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله، فأولئك هم الظالمون﴾[٦٩]، **والآية الكريمة تضع سياجا من الحماية للنفس في أبعاضها واطرافها من** خلال تقرير عقوبة القصاص للتعدى على ما دون النفس، طالما كان القصاص ممكنا فيها، وذلك أدعى لحمايتها، فاذا لم يكن القصاص ممكنا لعدم امكانه، فان الضمان يتحول الى الدية، والدية قد تجب كاملة اذا أتت على منفعة في جسم الانسان بالكمال، وذلك كالسمع والبصر والشم والذوق والجماع والايلاد والكلام، فاذهاب هذه المعاني **يجب به دية النفس كاملة[٧٠] فاذا اسفر التعدي عن اتلاف عضو في البدن منه اثنان** كاليدين والرجلين والأذنين، ففي قطع أحدهما نصف الدية، وان كان في البدن منه أربع كمنابت الأهداب، ففي تلف احداها ربع الدية، وان كان في البدن منه عشرة أعضاء كالاصابع ففي تلف احدها عشر الدية وهكذا، وقد ورد النص على ذلك من سنة النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيما رواه عمرو بن حزم مرفوعا: «وفي الشفتين الدية، وفي العينين الدية، وفي الذكر الدية، وفي الصلب الدية، وفي الرجل الواحدة نصف الدية، وفي دية أصابع اليدين والرجلين عشرة من الابل لكل اصبع»[٧١].

وقد حرم الاسلام التعدى على شرف الانسان واعتباره، وذلك من خلال رميه بما يمس شرفه وعرضه، والرمى بما يمس الشرف والعرض، قد يتخذ شكل جريمة يعاقب عليها حدا، وذلك على نحو ما أرشد القرآن الكريم بقول الله تعالى: والذين يرمون

(٦٨) المرجع السابق ـ ص ٤٤٠.

(٦٩) سورة المائدة ـ آية ٤٥.

(٧٠) راجع في تفصيل هذا الموضوع: عبدالقادر عودة ـ التشريع الجنائى الاسلامي ـ جـ ٢ ـ ص ٢٦ وما بعدها.

(٧١) الحديث صحيح أخرجه أبو داود والنسائي والدارمي والبيهقى وأحمد، راجع: ارواء الغليل ـ للألباني ـ جـ ٧ ص ٣١٥، وما بعدها.

المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم[٧٢]، حيث قررت الآيتان عقاب من يرمي المحصنات العفيفات بما ينال من شرفهن، وتقرير العقاب يدل على تحريم المعاقب عليه. كما توعد الله عزوجل من يحبون أن تشيع الفاحشة في الذي آمنوا بالعذاب الاليم في الدنيا والآخرة، بقوله تعالى: ﴿ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لاتعلمون﴾[٧٣].

وقد أكدت هذا المعنى سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - فيما روته عائشة - رضى الله عنها -، قالت: «لما نزل عندى، قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فذكر ذلك وتلا القرآن من قوله تعالى: ﴿ان الذين جاءوا بالافك..﴾ الآية[٧٤] الى آخر ثماني فضربوا الحد»[٧٥]، واذا كانت تلك الأدلة واضحة الدلالة في حماية العرض والشرف من أن تلوكه السن السوء بالقذف، فان الله تبارك وتعالى قد حرم الغيبة، وهى ذكر المرء بما يكره. كما جاء في الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - حين قال: «أتدرون ما الغيبة؟ قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: ذكرك أخاك بما يكره، قيل: افرأيت ان كان في أخي ما أقول؟، قال: ان كان فيه ماتقول فقد اغتبته، وان لم يكن فيه ماتقول فقد بهته[٧٦] وقد نهى الله عزوجل عن الغيب بقوله تعالى: ﴿ولايغتب بعضكم بعضا ايحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله، ان الله تواب رحيم﴾[٧٧]، كما نهى

(٧٢) سورة النور - الآيتان ٤، ٥.
(٧٣) سورة النور - آية ١٩.
(٧٤) سورة النور - آية ١١.
(٧٥) أخرجه أحمد والأربعة، واشار اليه البخاري، والرجلان اللذان أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بضربهما هما: عبدالله بي أبي، ومسطح بن أثاثه، وقيل: حسان بن ثابت ومسطح، والمرأة هي حمنة بنت جحش، راجع: سبل السلام - للصنعاني - جـ ٤ - ص ٣٣، وفتح القدير - للشوكاني - جـ ٤ ص ١٢، ١٣، حيث رجح ان الرجلين هما: حسان ومسطح، ولم يحك عن أحد حدا لعبدالله بن أبي.
(٧٦) رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - وأخرجه الامام مسلم، راجع سبل السلام للصنعاني - جـ ٤ ص ٣٧٩، وما بعدها.
(٧٧) سورة الحجرات - آية ١٢.

المسلم عن السخرية من غيره لما تنطوى عليه تلك المخالفة من نيل بالسمعة الأدبية والمكانة الاجتماعية فقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن، ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب، بئس الاثم الفسوق بعد الايمان ومن لم يتب فأولئك هم الظالمون﴾(٧٨).

والواقع أن هذه الأدلة تبرز مدى حق الانسان في حماية حياته من أن تمس في وجودها، أو ينال منها في شرفها واعتبارها ووجه اعتبارها حقوقا للانسان ماتواترت عليه أقوال الفقهاء في التعريف بالحق.

**٢٣ ــ معنى كون تلك المصالح حقوقا لاصحابها:**

ومعنى كون تلك المصالح حقوقا لأصحابها، أن الشارع قد أثبتها لهم بمقتضى الأدلة السابقة، ذلك أن الحق يعرف في اصطلاح الفقهاء بأنه: أمر الله ونهيه، أي نفس **الخطاب، أو الأمر بها يفيد أن الحق هو الحكم(٧٩)، ويلاحظ من خلال استقراء ما قرره** الفقهاء لتعريف الحق، ان أقوالهم فيه يمكن ارجاعها الى ثلاثة معان كلها تبرز تقرير الشارع له كخاصية فيه وسمة من سماته.

**٢٤ ــ المعنى الأول للحق:** أنه مصلحة ثابتة للفرد أو للمجتمع يقررها المشرع **الحكيم(٨٠)، أو هو مصلحة مستحقة شرعا(٨١)، أو هو مصلحة يقررها الشرع لشخص على سبيل الاختصاص ويقرر لها الحماية(٨٢)، وهذه التعريفات وان اختلفت في صياغتها الا أنها تتفق على معنى المصلحة في الحق، وانها تتقرر بناء على أمر الشارع(٨٣).**

**٢٥ ــ المعنى الثاني للحق:** يبرز فيه معنى الاختصاص، حيث يعرف بأنه:

---

(٧٨) سورة الحجرات ـ آية ١١.

(٧٩) الفروق للقرافي ـ جـ ١ ص ٤٠ وما بعدها.

(٨٠) د محمد يوسف موسى ـ الفقه الاسلامي ـ ص ٢١١

(٨١) الشيخ على الخفيف ـ بحث له منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة العشرون ـ ١٩٥٠ ـ العددان ٣، ٤، ص ٩٨.

(٨٢) الشيخ عيسوى أحمد عيسوى ـ المدخل للفقة الاسلامي ـ ص ٣٠٤، وما بعدها.

(٨٣) د. محمد الحسني حنفي ـ المدخل لدراسة الفقه ـ ص ٣٠٦.

اختصاص يقربه الشرع سلطة[٨٤]، أو هو اختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطة أو تكليفا لله على عبادة أو لشخص على غيره[٨٥]، أو هو اختصاص، يقربه الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة[٨٦]، فالتعريفات الثلاثة تبرز معنى الاختصاص، كما تبرز مصدر اعتبار ذلك الاختصاص وهو نص الشارع.

٢٦ ــ المعنى الثالث للحق: يظهر معنى الثبوت والوجوب: وذلك على نحو ما عرفه به بعض الفقهاء فقال: انه المكنة التي تثبت لصاحبها شرعا لتحقيق غرض معين[٨٧]، هو ما ثبت باقرار الشارع، واضفى عليه حمايته[٨٨]، أوهو: ماثبت في الشرع للانسان أو لله تعالى على غيره[٨٩]، أو هو صفة شرعية بها يقدر الانسان على التصرف والانتفاع بالاعيان المالية تصرفا مشروعا[٩٠].

ويبدو من خلال استقراء تعريفات الفقهاء للحق أنه مصلحة أو اختصاص، وأنه لايكون حقا الا بوصف الشارع وتقريره، واذا كانت الحقوق الادبية المشار اليها ثابتة بنصوص الشارع كما رأينا، تكون حقوقا محترمة، وفقا لما يقرره الفقهاء.

٢٧ ــ الثاني: انها تقوم على تغليب جانب العبد:

وهـذه السمة من سمات الحقوق التي تضار بالضرر الأدبي، تقوم على أساس أن الحقوق المشار اليها مشتركة بين حق الله والعبد وحق العبد فيها غالب، ذلك أن الفقهاء وهم بصدد بيان أصحاب الحقوق، قسموا الحقوق باعتبار من تثبت لهم الى حقوق لله

---

(٨٤) د. مصطفى الزرقا ـ المدخل الفقهي العام ـ ص ١٣.

(٨٥) د. عبدالسلام العبادى ـ الملكية في الشريعة الاسلامية ـ القسم الاول ـ ص ١٠٣، مكتبة الاقصى ـ عمان.

(٨٦) د. فتحى الدريني ـ الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده ـ ص ١٩٣.

(٨٧) الشيخ على الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ٩٨ وما بعدها.

(٨٨) الشيخ على الخفيف ـ الملكية جـ ١ ـ ص ٢.

(٨٩) الشيخ احمد فهمي أبو سنة ـ نظرية الحق ـ كتاب الفقه الاسلامي أساس التشريع للمجلس الاعلى للشئون الاسلامية ص ١٧٥ وما بعدها، حيث يقرر: ان اذن الشارع ركن من اركان الحق.

(٩٠) الشيخ أحمد أبو الفتح ـ المعاملات في الشريعة الاسلامية ـ جـ ١ ص ٣٠، ويؤخذ على هذا التعريف أنه قاصر على الحقوق المالية التي تثبت للانسان فقط.

خالصة، وحقوق للعباد خالصة، وحق مشترك بين حق الله وحق العبد، وقد يغلب فيها جانب حق الله، كما قد يغلب فيها جانب حق العبد(٩١).

٢٨ ــ **أما حق الله الخالص**: فانه يطلق على كل مايتعلق به النفع العام للأمة، من غير أن يختص بافراد دون غيرهم، أو بأقوام دون غيرهم، وفي نسبة الحق لله عز وجل تعظيم له، وبيان لخطره وعموم نفعه، لا لأن الله تعالى ينتفع به ـ تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ـ فلا يجوز أن يكون شيء حقا له بهذا الوجه، بل الاضافة الى الله تعالى لتشريف ما قوى خطره، وعظم نفعه، وشاع فضله بأن ينتفع به جميع الناس(٩٢)، ومن أمثلة هذا الحق العبادات المحضة كالايمان وفروعه، من صلاة وزكاة وصيام وحج وعمرة وجهاد(٩٣).

٢٩ ــ **وأما حقوق العباد الخالصة**: فهي التي يقصد بها مايتعلق به مصلحة خاصة، كحرمة مال الغير، وكبدل المتلفات، والغصوب، وأثمان المبيعات الى غير ذلك من مصالح العباد الخاصة في الدنيا(٩٤)، فحق العبد الخالص هو مايترتب عليه مصلحة للانسان وقد وضع الفقهاء معيارا للتفرقة بين الحقين، فذكروا أن حق العبد هو الذي يسقط باسقاطه، فكل حق يكون للعبد اسقاطه يدخل ضمن حقوق العبد وذلك كالديون، واثمان المبيعات، وكل حق لايملك العبد اسقاطه، يكون حقا لله كالعبادات.

ويرى شهاب الدين القرافي: أن التفرقة التامة بين حق الله وحق العبد غير حاصلة لانه لايوجد حق للعبد الا وفيه حق لله تعالى، يتمثل في أمره عز وجل بايصال الحق الى مستحقة، فلا يوجد حق للعبد الا وفيه حق لله، أما حق الله تعالى فانه يوجد دون حق العبد(٩٥).

(٩١) التلويح على التوضيح ـ جـ ٢ ـ ص ١٥١ وما بعدها.
(٩٢) كشف الاسرار ـ لعبد العزيز البخارى ـ جـ ٤ ص ١٢٥٥.
(٩٣) التقرير والتحبير ـ لابن أمير الحاج ـ جـ ٢ ص ١٠٤، وما بعدها، وكشف الاسرار جـ ٤ ـ ص ١٢٥٨ وما بعدها، والتلويح على التوضيح ـ جـ ٢ ص ١٥٢، وما بعدها.
(٩٤) كشف الاسرار ـ جـ ٤ ص ١٢٧٨، والفروق للقرافي ـ جـ ١ ـ ص ١٤١، ومرآة الاصول ـ لمنلا خسرو ـ جـ ٢ ـ ص ٤٢٨، والموافقات للشاطبي ـ جـ ٢ ص ٣١٨.
(٩٥) الفروق ـ للقرافي ـ جـ ١ ص ١٤١.

ولهذا ذهب بعض الفقهاء الى وضع معيار آخر للتفرقة بين الحقين حاصله، أن حق الله لامدخل للصلح فيه كالحدود، والزكوات، والكفارات، ونحوها، وأما حق العبد فهو الذي يقبل الصلح والاسقاط والمعاوضة عليه(٩٦).

٣٠ ــ **وأما الحقوق المشتركة بين حق الله وحق العبد**: فإن النوع من الحقوق، يأخذ المسمى الذي يغلب فيه جانب أحد الحقين فان كان الغالب فيه حق العبد سمى حقا للعبد، وان كان الغالب فيه حق الله سمى الحق حق الله تعالى، ولهذا فان هذا الحق يتنوع الى نوعين:

٣١ ــ **أولهما: ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب:**

وقد مثل له الحنفية بحد القذف، وقالوا: ان فيه حقا لله تعالى، لانه شرع للزجر، وفيه حق للعبد لان فيه دفعا للعار الواقع عليه من القذف، فهذا دليل على أن فيه حقا للعبد، كما أن فيه حقا لله بدليل وجوب الحد به، الا أن حق الله غالب، لان النفع فيه عام اذ انه يؤدي الى درء الأذى عن المسلمين وحماية اعراضهم وشرفهم(٩٧).

ولكون حق الله غالب فيه، فانه لايصح عند القائلين بذلك أن يسقط حد القذف عن القاذف بالعفو عنه، وحتى لو اسقطه العبد فانه لايسقط باسقاطه اذ لامدخل فيه لاسقاط العبد، وقد سبق تقرير ذلك(٩٨)، كما أنه ليس للمقذوف أن يقيم الحد على القاذف بنفسه، وانما الذي يتولى اقامته هو الامام أو السلطان باعتباره نائبا عن الله تعالى في استيفاء حقوقه المترتبة على العباد(٩٩).

وقد ذهب الشافعية والحنابلة والمشهور عن المالكية الى تغليب جانب حق العبد، في حد القذف، واستدلوا لما ذهبوا اليه بالنسبة والمعقول:

---

(٩٦) اعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ جـ ١ ص ١٠٨، الطبعة الثانية، دار الفكر ببيروت.

(٩٧) التقرير والتحبير ـ جـ ٢ ص ١١١، وفتح القدير ـ جـ ٤ ص ١٩٤، وبدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٥٦، والمبسوط للسرخسي ـ جـ ٩ ـ ص ١١٢، وما ذهب اليه الحنفية قال به الامام مالك في احدى الروايات عنه، راجع: بداية المجتهد جـ ٢ ـ ص ٤٣٣، والمنتقى على الموطأ ـ جـ ٧ ص ١٤٨، والفروق للقرافي ـ جـ ١٠ ـ ص ١٤١.

(٩٨) راجع: اعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ المكان السابق.

(٩٩) التقرير والتحبير ـ نفس المكان.

**٣٢ ـ أما السنـــة:**

فبما روى عن أنس ـ رضى الله عنه ـ أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: ايعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم، كان اذا أصبح يقول: اللهم أني تصدقت بعرضى على عبـادك(١٠٠).

**ووجه الدلالـة في هذا الحديث:**

أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد مدح أبا ضمضم على التصدق بعرضه، والمدح على التصدق لايكون الا اذا وقع على ما هو حقـه(١٠١).

**٣٣ ـ ومن المعقول من وجهين:**

**الأول:** أن المراد من حدد القذف هو دفع عار الزنا عن المقذوف، وهذا حق للعبد.

**الثاني:** أن سبب الحد هو الجناية على العبد وفي اقامته تعود المنفعة عليه وهذا دليل على أنه من حقوقه(١٠٢).

وقد ترتب على تغليب جانب العبد في حد القذف أنه يجوز أن يرد عليه العفو من المقذوف لأنه حقه، ولايستوفى الحد الا بعد طلبه باستيفائه لانه كما يقول ابن قدامة في المغنى: يعتبر لاقامة حد القذف أن يطالب المقذوف لانه حقه، فلا يستوفي قبل طلبه كسـائـر حقوقه، كما انه يسقط بعفوه كالقصاص، ويفارق سائر الحدود فانه لايعتبر لاقـامتهـا طلب استيفائها(١٠٣)، ولهذا فان القذف اذا وقع على غائب لايقام الحد على القاذف حتى يحضر ويطالب، واذا وقع على من لم يبلغ لايقام الحد حتى يبلغ، ولايجوز لوليه المطالبة لأنه حق شرعي للتشفي فلم يقم غيره مقامه كاستيفائه القصاص، فإذا بلغ وطـالب اقيم على القـاذف الحد حينئذ، ولايقام الحد بقذف غائب حتى يحضر

---

(١٠٠) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة من طريق مهلب ابن العطاء عن شعيب بن بيان أو سعيد بن سنان عن عمران القطان عن قتادة عن أنس ـ رضي الله عنه ـ، وشعيب كما قال الجوزاني له مناكير، وأورده الذهبي في الضعفاء، وقد أخرجه أبو داود باسناد صحيح عن قتادة، راجع: ارواء الغليل للالباني ـ جـ ٨ ـ ص ٢٢ وما بعدها.

(١٠١) راجع: المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ص ٢٧٤، واحياء علوم الدين جـ ٣ ـ ص ١٥٠.

(١٠٢) المجموع ـ السابق

(١٠٣) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢١٧ ـ مكتبة الرياض الحديثة.

ويطالب باقامته على من قذفه، وهكذا تأسيسا على أنه من حقوق العبد(١٠٤).

والرأي المشهور عند مالك: أنه يجوز للمقذوف أن يعفو عن اقامة الحد قبل بلوغ الامام أو نائبه، وذلك قياسا على الأثر الوارد في سرقة دار صفوان حين قال له النبي - صلى الله عليه وسلم :- هلا عفوت عنه قبل أن تأتيني، ولم يعمل الرسول - صلى الله عليه وسلم - بقول صفوان: اني لم أرد هذا، أي قطع يده، هو عليه صدقة(١٠٥).

**٣٤ - الرأي الراجح:**

والرأي الذي يترجح لدينا هو رأى جمهور الفقهاء الذين قالوا بغلبة حق العبد في حد القذف، وذلك للاعتبارات التي قررها هذا الرأى، ولأن القول بتغليب جانب حق العبد فيه لايمنع من اشراك حق الله معه، وهذا في نظرنا ادعى لحماية حقه وحفظ شرفه واعتباره.

**٣٥ - ثانيهما: ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب:**

وقد مثل الفقهاء لذلك بالقصاص، اذ أن حق الله تعالى فيه يتمثل في أن لله تعالى في نفس العبد حق الاستبعاد، ومنع وقوع جريمة القتل، ومفاد هذا المعنى قول الله تعالى: ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب(١٠٦).

وأما حق العبد في القصاص فانه يتمثل في حق الاستمتاع ببقاء النفس(١٠٧)، ولوقوع الجناية عليها.

ونظرا لأن حق الغير غالب في القصاص من غير خلاف بين الفقهاء فانه يجرى فيه التوارث، ويصح الاعتياض عنه بالمال والصلح، ويصح العفو عنه مع وجود حق الله تعالى وهوا خلاء العالم عن الفساد(١٠٨).

---

(١٠٤) المغني لابن قدامة - السابق. وراجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ - ص ٣٣١.

(١٠٥) أخرجه مالك في الموطأ وأصحاب السنن الأربعة، وراجع: تنوير الحوالك - شرح موطأ مالك - جـ ٣ - ص ٤٩، نصب الراية - جـ ٣ - ص ٣٦٨، سبل السلام للصنعاني - جـ ٤ - ص ٢٦.

(١٠٦) سورة البقرة - آية ١٧٩.

(١٠٧) التلويح على التوضيح - للتفتازاني - جـ ٢ - ص ١٥٥.

(١٠٨) كشف الاسرار - جـ ٤ ص ١٢٨١، مرآة الأصول - جـ ٢ - ص ٤٢٨، والموافقات للشاطبي - جـ ٢ ص ٣٢٠.

ويظهر من خلال ما سبق أن مجموعة الحقوق التي يرد عليها الضرر الأدبي، تمثل حقوقا لاصحابها، وهذه الحقوق ثابتة لهم شرعا بمقتضى الأدلة الشرعية، وأن ورود حق الله فيها انما هو لتأكيد حفظها ومنع التعدى عليها، وقد سبق أن رأينا: أنه لايخلو حق العبد من وجود حق الله فيه(١٠٩)، ليكون هذا الوجود لحق الله مدعاة للحفظ ووسيلة لاحترام تلك الحقوق بين الناس.

واذا كانت تلك الحقوق تدخل ضمن الحقوق المشتركة بين حق الله والعبد، وحق العبد فيها غالب، فانه يترتب على ذلك ان تكون تلك الحقوق مما يمكن أن يرد عليه الاعتياض بالمال والصلح والاسقاط والعفو، وهذا الامر وان كان مقررا باتفاق الفقهاء في مجال ضمان النفس في حال التعدي عليها كلا أو بعضها فانه مقرر أيضاً في مجال التعدى على شرف الانسان بالقذف، وفقا لما انتهى اليه رأى جمهور الفقهاء وترجح لدينا أن ذلك الضرر يغلب فيه جانب التعدى على حق العبد، يوضح هذا المعنى، ما قرره ابن قدامة في المغنى حيث يقول: يشترط لاقامة حد القذف مطالبة المقذوف، لانه حق له فلا يستوفي قبل طلبه كسائر حقوقه، ويقول: انه حق لايستوفي الا بعد المطالبة من صاحبه باستيفائه، كما أنه يسقط بعفوه كالقصاص، ويختلف عن سائر الحدود فانه لايعتبر في اقامتها الطلب باستيفائها وهذا المعنى هو ما ذهب اليه المالكية في المشهور عندهم والشافعية(١١٠).

٣٦ ــ الثالث: ان الحقوق الأدبية مآلها الى التمول:

والمشهور في الفقه ان الحقوق التي يرد عليها الضرر الادبي حقوق غير مالية، انها ليست بمال أصلا، لان معانيها أكبر وأسمى من أن تكون محلا للتعامل بالمال وأن المقصود منها ليس هو المال أصلا، بل حفظ معناها في حياة الناس، يقول ابن قدامة: والحقوق على ضربين: احدهما: ماهو حق لآدمى، والثاني: ماهو حق لله تعالى، وحق الآدمي ينقسم الى قسمين: احدهما ماهو مال أو المقصود منه المال، والثاني: ما ليس بمال ولا المقصود منه المال، وذلك كالقصاص، وحد القذف والنكاح والطلاق

(١٠٩) راجع في هذا المعنى: الفروق للقرافي ـ المكان السابق.

(١١٠) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ـ ص ٢١٧، وراجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٣١، والمهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٢٧٤.

والرجعة، والعتق والنسب والاستيلاد والولاء والرق[١١١].

ويقول ابن عابدين: الحقوق المجردة أو المفردة هي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية لاوجود لها الا باعتبار الشرع، ولا تحتمل التمليك ولايجوز الصلح فيها ولايجوز الاعتياض عنها، ولا تضمن عند الاتلاف، فهي لم تقم بمحل، ولم تتقرر في ذات ويمثل لها بحق الشفعة وحق الخيار، فهذه حقوق تتعلق بمحض المشيئة والاختيار دون أن تكون تابعة لعين مملوكة وأما الحقوق المتقررة أو المؤكدة، فهي حقوق قائمة بالمحل، فيصح الاعتياض عنها، وتضمن عند الاتلاف، كحق الرهن وحقوق الارتفاق[١١٢]، وينقسم حق العبد من حيث الارث الى حق يورث وحق لايورث، ووراثه حق من الحقوق يعتبر امارة على أنه من حقوق الانسان وليس من حقوق الله تعالى، لان حقوق الله لاتورث، والحق الذي يعتبر خادما لمال معين أو تابعا له، أو مّوثقا له أو معينا له ولا صلة له بشخص صاحبه، ولابارادته ومشيئته، وهو ماينقلب في النهاية مالا، فانه يورث، كحقوق الارتفاق، وحق الدية والأرث، وحق الرهن، فالارث انما يجرى في حقوق العباد لافي حقوق الشرع[١١٣].

ولذلك نجد الفقهاء يقررون: ان حق العباد منها ماهو مالى ومنها ما هو غير مالى على أساس الضوابط التي وضعوها لهذا التقسيم، فإن مجموعة الحقوق التي يرد عليها الضرر الأدبي. ليست من قبيل الحقوق المالية أصلا، وذلك على أساس أن المال لايرد فيها قصدا، ولايمكن أن يرد عليها التقدير بالمال ابتداء، لكن هذا الاصل لايمنع من أن تتحول هذه الحقوق الى طبيعة اخرى يمكن أن يرد عليها التقدير بالمال عنه عدم امكان اعتبار الاصل وهو عدم ماليتها، فهذه الحقوق وان كان الأصل فيها انها حقوق غير مالية، الا أنها تتسم بطبيعة تنطوى على معنى التمول في الضمان بما يجعلها تضمن بالمال وتقدر به.

ودليل هذا التمول ما قرره الفقهاء من أنها يمكن التعويض عنها، وذلك وارد بنصوص الشرع في التعدى على النفس أو بعضها بالدية أو الأرش، فالدية نوع من التقدير البدلي للنفس - والارش نوع من التقدير البدلي لتلف الأعضاء، واذا كانت

---

(١١١) المغنى لابن قدامة - جـ ٩ - ص ٢٣٧ وما بعدها.

(١١٢) حاشية بن عابدين - جـ ٤ - ص ٥١٨.

(١١٣) مرآة الاصول - جـ ٢ - ص ٤٢٨، والهداية مع فتح القدير جـ ٥ - ص ٣٢٦.

الدية مقدرة بنص الشارع في الجناية على النفس، والارش مقدر في الجناية على ابعاض النفس، فان حكومة العدل تمثل نوعا من التقدير للجناية في حالة الجروح والآلام التي لم يقدر فيها تعويض بنصوص الشارع[١١٤]، وهذا الأمر وارد في حق الطلاق فهو وان كان غير مالي الا أنه يمكن أن يرد عليه التقدير البدلي بالمال كما في الخلع، وكذلك حقوق الارتفاق فانها تورث عند الحنفية، ويمكن التعويض عنها بالنص عليها في بيع العينة وهم يرون ذلك برغم أن حقوق الارتفاق ليست من قبيل الحقوق المالية عندهم، لكنها تتحول في النهاية الى حق مالي يمكن الاعتياض عنه وتوارثه. لانها تتعلق بالمال[١١٥].

### ٣٧ ـ أساس التمول في الحقوق غير المالية:

ويقوم أساس التمول في الحقوق غير المالية على عدة أسس يمكن أن تؤخذ مما قرره الفقهاء ويمكن ردها الى مايلي:

### ٣٨ ـ أ ـ الاعتياض:

ويظهر أثر الاعتياض في تلك الحقوق واضحا في باب الديات ذلك أن الدية تجب في مقابل النفس أو الاعضاء التي أتلفتها الجناية بصرف النظر عما تؤدي اليه من نتائج مالية، هذا من جانب، ومن جانب آخر فان الدية تجب في مقابل منفعة الحياة أو العضو، وليس في مقابل النفس أو العضو ذاته، لأن قيمتها لاتقدر بالمال أصلا كما سبق[١١٦].

ويترتب على اعتبار الجانب الأول، وهو وجوب الدية في مقابل ما اتلفته الجناية دون اعتبار لمآله المالي، ان وجوبها في تلك الحالة يتمخض عن ضمان المساس بحق الانسان في سلامة جسده وأعضائه وهو حق أدبي خالص، وليس أدل على ذلك من وجوب

(١١٤) تكملة فتح القدير ـ جـ ١٠ ـ ص ٢٧٠، تبيين الحقائق للزيلعي ـ جـ ٦ ـ ص ١٢٦، كشاف القناع ـ جـ ٦ ـ ص ٥، اسنى المطالب شرح روض الطالب ـ جـ ٤ ـ ص ٤٧.

(١١٥) فتح القدير ـ جـ ٦ ص ٤٢٧ وما بعدها، وبدائع الصنائع للكاساني ـ جـ ٦ ص ١٨٦ حيث يقرر أن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي، وراجع: العناية على الهداية للبابرتي جـ ١٠ ـ ص ٨٧، مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ـ جـ ٢ ـ ص ٥٦٧، وراجع: الموفقات للشاطبي ـ جـ ٢ ـ ص ٣٢٠.

(١١٦) في هذا المعنى: المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٢٦ ـ ص ٥٩، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٣٧٩.

الضمان في حالة التعدى على عضو زائل المنفعة، بل وفي حالة العضو الزائد، حيث تجب فيه حكومة عدل على أساس أنه جزء من الآدمي وتشريف له وان لم يكن فيه نفع ولا زينة، والأمر كذلك ف اليد الشلاء واللسان الأخرس، والعين العوراء[١١٧]. واعتبار الضمان في مقابل العضو الذي تلف ـ بصرف النظر عن منفعته او أصالته ـ يدل أكبر دلالة على تعويض الضرر الأدبي الحاصل بفقدة.

وفي الحالة الثانية، فان الضمان يتقرر كمقابل للمنفعة، أو زوال الجمال، ولو بقي العضو على شكله قائما بعد الاعتداء وذلك على أساس ان وجوب الدية يتعلق بفقد جنس المنفعة، وهذا ماذهب اليه جمهور الفقهاء[١١٨]، وقد جاء في مجمع الضمانات: ان الاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعته على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال، يجب كل الدية لاتلافه من وجه، وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي[١١٩].

ويلاحظ أن المتلف سواء كان هو الحياة أو العضو أو منفعتها ليس بمال أصلا، ولذلك كان الأصل عدم ضمانه بالمال، لان المال ليس بقيمة له، اذ لايقوم مقامه، وقيمة الشيىء تتمثل فيما يقوم مقامه، وانما عرف تقويمه بالشرع، ولذلك لايجوز ايجاب المال زيادة عما أوجبه الشرع قدرا، ولما كانت المنافع لاتعد من قبيل الأموال عند الحنفية أصلا، ولايرد عليها وصف التقوم الا استثناء عند المتأخرين منهم، فانها هنا قد ثبت تقومها بما ورد عن الشرع وعند جمهور الفقهاء تعتبر المنافع أموالا وتضمن عندهم[١٢٠].

كما يلاحظ أن مادون النفس يسلك به مسلك الاموال عند الجمهور ومنهم فقهاء الحنفية الذين يرون عدم مالية المنافع، ويترتب على ذلك ان الجاني اذا فقد العضو الذي يجب أن يقطع قصاصا، فان الدية تجب لأن الدية تأخذ حكم المال عندهم، واذا فقد

---

(١١٧) المبسوط للسرخسي ـ جـ ٢٦، ص ١٦٦، وبدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٣٢٣.

(١١٨) المغني لابن قدامة ـ جـ ٩ ـ ص ٥٩٥، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ـ ص ٢١٦، والشرح الكبير ـ للدردير ـ جـ ٩ ـ ص ٥٩٣، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣١١ وما بعدها.

(١١٩) مجمع الضمانات ـ للبغدادى ـ السابق ص ١٧٠.

(١٢٠) تبيين الحقائق للزيلعي ـ جـ ٦ ـ ص ١٣٧، والمبسوط للسرخسي جـ ١١ ـ ص ٧٨ وما بعدها، عيسوى أحمد عيسوى، المدخل للفقة الاسلامي ـ ص ٣٠٩، طبعة ١٩٦٧م.

المثل في المال وجب القيمة[١٢١]، كما أن القصاص فيما دون النفس يشترط فيه المماثلة والمساواة في الأرش، لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال، والمساواة في اتلاف الاموال معتبر[١٢٢]، ويجوز للانسان أن يضحى باطرافه في سبيل انقاذ حياته، فالأطراف كالاموال خلقت وقاية للنفس[١٢٣]، واذا كان امر الاطراف كذلك فان سريان أحكام الضمان عليها، ودخولها في مجال الاعتياض يكون أمرا واردا.

٣٩ ـ ب ـ التوارث:

ومن الأسس التي يقوم عليها معنى التمول في الحقوق الأدبية أنها تورث، ومن سمات التمول في الحقوق أن تكون مما يقبل التوارث، وفي هذا المعنى يقرر الفقهاء أن الحقوق من حيث الارث وعدمه تنقسم الى حق يورث والى حق لايورث، ووراثة حق من الحقوق، يعتبر امارة على أنه من حقوق الانسان، وليس من حقوق الله تعالى، لان القاعدة العامة أن ماكان من حقوق الله تعالى أو ما كان حق الله غالبا فيها لايورث[١٢٤]، وقد جاء في شرح الهداية: الارث يجرى في حقوق العباد لافي حقوق الشرع[١٢٥].

واذا كان توارث الحق علامة على غلبة جانب التمول فيه، وكانت الحقوق الادبية في جملتها مما يقبل التوارث، كان اعتبار معنى التمول فيها لذلك امرا واردا.

٤٠ ـ جـ ـ جريان العرف بتمول الحقوق الأدبية:

وقد يجرى العرف على تمول عدد من الحقوق الأدبية، على النحو الذي يجعل الاعتياض عنها امرا جائزا، وللعرف أثر كبير في تمول كثير من الأشياء[١٢٦]، وفي هذا

---

(١٢١) الشيخ محمد أبو زهرة ـ فلسفة العقوبة في الفقه الاسلامي ـ القسم الثاني ـ ص ٣٩٦، طبعة ١٩٦٦م.

(١٢٢) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٢٩٩، وما بعدها.

(١٢٣) فتح القدير ـ للكمال ابن الهمام ـ جـ ٥ ـ ص ٢٦٣، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٩٧.

(١٢٤) مرآة الاصول ـ لمنلا خسرو ـ جـ ٢ ـ ص ٤٢٨.

(١٢٥) شرح فتح القدير على الهداية ـ جـ ٥ ـ ص ٣٢٦.

(١٢٦) راجع في تفصيل ذلك: رسالة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة ـ العرف والعادة في رأي الفقهاء ص ١٣٦ وما بعدها ـ مطبعة الازهر سنة ١٩٤٨م، وراجع: ما حكاه ابن عابدين عن هذا الاتجاه بقوله: لو فرغ عن الوظيفة بمال، فللمخروج له الرجوع بالمال. لانه اعتياض عن حق مجرد، وهو لايجوز، راجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٣٨٣

المعنى يقول الشيخ أبو سنة: ومن الحقوق المجردة: الحقوق الفكرية أو الأدبية وان كان الفقهاء المتقدمون لم يعتبروها من المال، لانهم قصروا معناه على الأشياء التي يمكن احرازها، ولها قيمة بين الناس من الأموال المادية، ولم يعتبروا الحقوق المجردة من المال، والرأي الصحيح أنها تتمول بتعارف الناس، كما قرر متأخرو الحنفية في حكم التنازل عن الوظائف بعوض(١٢٧)، **وهكذا يكون جريان العرف بتمول تلك الحقوق مما يصلح أن يكون أساس لتمولها(١٢٨).**

وقد حكى ابن عابدين في حاشيته ما جرى عليه العمل مما اقتضته الضرورة من تمول بعض الحقوق غير المالية او الأدبية، وذلك مثل حق الوظيفة فقال: وعليه يفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال، قال العلامة العيني في فتاواه: ليس للنزول شيىء يعتمد عليه، ولكن العلماء والحكام مشوا على ذلك للضرورة، واشترطوا امضاء الناظر لئلا يقع فيه النزاع(١٢٩). **وقد أكد هذا المعنى الامام السيوطي فأبرز عنصر: العرف في اعتبار التمول** اذ يقول: لايقع اسم المال الا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفة وان قلت وما لايطرحه الناس، ومفاد هذا أن العرف هو أساس مالية الأشياء لقوله: لايقع اسم المال الا على ماله قيمة، أى بين الناس عرفا بحيث أضحى محلا للمعاوضة يباع بها(١٣٠).

وقد صرح بعض الباحثين من الفقهاء المحدثين بأن صفة المالية في الفقة الاسلامي ليست الا صفة للاشياء بناء على تمول الناس، واتخاذهم اياها مالا ومحلا لتعاملهم، وذلك لايكون الا اذا دعتهم الحاجة لذلك فمالت اليه طباعهم، وكان في الامكان التسلط عليه والاستئثار به، ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة، **فاذا تحقق ذلك عدت من الاموال بناء على عرف الناس وتعاملهم(١٣١)،**

---

(١٢٧) نظرية الحق - للشيخ أحمد فهمي أبو سنة - منشور بكتاب الفقه الاسلامي أساس التشريع للمجلس الاعلى للشئون الاسلامية ص ١٨٢، وقد حكى ابن عابدين هذا الرأي بقوله: ولا يجوز الاعتياض عن الوظائف لان بيع الحق لايجوز - رد المحتار جـ ٤ ص ٥١٨.

(١٢٨) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٣، حيث يقول: وتثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم، وراجع: البحر الرائق - جـ ٢ و - ص ٢٢٧.

(١٢٩) رد المحتار على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٥١٩.

(١٣٠) الاشباه والنظائر للسيوطي - ص ١٩٧، وراجع: حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن للدكتور فتحى الدريني وفئة من العلماء - ص ٢٤ - مؤسسة الرسالة - بيروت.

(١٣١) الشيخ على الخفيف - الملكية جـ ١ - ص ١٣ هامش (١)، ويقرر الدكتور فتحى الدريني - =

وقد جاء في مجمع الانهر: ان هوام الارض تصبح مالا، أى محلا للملك اذا ظهرت منافعها في الدواء ويلزم متلفها بالتعويض لانها ذات قيمة مالية عرفا(١٣٢).

### ٤١ ـ د ـ الحقوق الادبية ترتبط بحفظ مقومات الحياة:

ويبقى من أسس قيام الحق الادبي أنه يتصل بحفظ مقومات الحياة التي تتعلق بالمصالح الضرورية المعتبرة ومنها حفظ النفس وحفظ العرض، وحفظ المال، ومن المؤكد ان حفظ حق الانسان في الحياة من أن يمس به مساسا ماديا عن طريق التعدى عليه بالقتل أو الضرب أو الجرح، أو ان يمس به مساسا معنويا عن طريق التعدى على الشرف بالقذف والسب وغيرهما من كل ما ينال من شرف الانسان واعتباره، يدخل في اطار حفظ مقومات الحياة حيث لايستقيم لها معنى بدون المحافظة عليها، ولهذا قررت الاحكام الشرعية ضمان التعدى على تلك الحقوق بما تستوجبه من عقوبة تقديرية، وغير تقديرية، وتعويض لما يسفر عنه التعدى عليها، تلافيا لآثارة وتخفيفا من اضراره(١٣٣).

---

= السابق ـ ص ٣١: ان هذا رأى وجيه وتفقه جيد.

(١٣٢) مجمع الانهر ـ جـ ٢ ـ ص ١٠٨. وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٢٠٥، أول باب البيوع ـ مطلب في النزول عن الوظائف المال، لما جرى به العرف بذلك، والاشباه والنظائر للسيوطي ـ ص ٣٢٧، وشرح منتهى الارادات ـ جـ ٢ ـ ص ٢٤٨، والموافقات ـ للشاطبي جـ ٢ ـ ص ١٧.

(١٣٣) راجع في هذا المعنى: العز بن عبدالسلام ـ قواعد الاحكام ـ جـ ١ ـ ص ٥، والموافقات للشاطبي ـ جـ ٢ ـ ص ٨، وما بعدها، واعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ جـ ٢ ـ ص ٩٥، وما بعدها.

# الفصل الثاني
# شروط قيام الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

٤٢ ــ ويجب أن تتوافر في الضرر الأدبي شروط معينة ذكرها الفقهاء، وذلك حتى تترتب عليه الآثار المنوطة به، ومنها حق المعتدى عليه في تعويض ما أصابه من ضرر أدبي. وهذه الشروط موجودة في كل من الفقهين الاسلامي والوضعي، وينبغي أن نشير اليها مع تخصيص مبحث لكل اتجاه.

## ( المبحث الأول )
## شروط قيام الضرر الأدبي في فقه القانون

٤٣ ــ يقرر فقهاء القانون أن الضرر الأدبي مثله كمثل الضرر المادي من حيث وجوده ونشأته على النحو الذي يكون فيه سببا لقيام المسئولية عنه، ومن ثم قيام حق الشخص المضرور في المطالبة بالتعويض عنه، ولذلك يشترط فيه شروط.

**٤٤ ــ أولها: أن ينطوى الضرر على اخلال بمصلحة أدبية مشروعة**

ومن المعروف أن المصلحة المستهدفة بالضرر، والتي يحرص القانون على حمايتها منه، قد تكون مالية، وهى لاتثير صعوبة بالنسبة للتعويض، فالفقه والتشريع الوضعيان متفقان على تقرير الأحكام الناشئة عن المسئولية بخصوص التعويض عنه، وقد تكون مصلحة أدبية وهي لاتقل أهمية في نظر القانون الوضعي عن نظيرتها الأولى، ولهذا نص

(١) د. عبدالمنعم الصده ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٩٠، ود. سليمان مرقس ـ نفس المرجع والمكان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، للدكتور السنهورى ـ ص ٤٤٠، د. عبدالرزاق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٦٨، والمراجع المشار اليها، د. سمير تناغو ـ السابق ـ ص ٢٤٩، د. محمد كامل مرسي ـ السابق فقرة ٥١، د. أنور سلطان ـ المصدر نفسه ـ ص ٥٢٥، د. عبدالمنعم الصدة ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٦٨، د. محمود جمال الدين زكي ـ نظرية الالتزام في القانون=

القانون المدني المصري، في المادة (١/٢٢٢) على أنه: يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضـا، فأصبـح بذلـك عن طبيعة الضرر الأدبي، كسب يجعل للمضرور الحق في التعويض، شأنه في ذلك شأن الضرر المادي[٢].

وقد جاء التعبير عن الضرر الأدبي في نص الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مطلقا، لم يحدد ماهية الضرر الأدبي، ولم يبين الحالات التي تدل على وجوده، فترك مجالا خصيبا للفقه يفسر فيه هذا الذي أطلقه النص، ويبين الحالات التي يكون فيها الضرر أدبيا على نحو ما سبق، ويبدو من خلال النظر في الحالات التي أوردها الفقة أنها تتفق جميعها في أن الضرر فيها ضرر غير مادي أصلا، بمعنى أن المصلحة المعتدي عليها ليست مما يرد عليه التعامل بالمال حتى يتسنى تقييمها من الناحية بنظائرها، وإن كان التعدى على تلك المصالح لايمنع من تقدير تعويض يقترب في صورته من الجزاء بقدر ما يبتعد في تقديره عن المماثلة. ويشترط أن تكون المصلحة التي أصيبت من جراء الضرر الأدبي - مشروعة حتى تقبل دعوى التعويض قانونا فيجب أن تكون المصلحة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب. ومن ثم لايكون للعشيقة أن تطلب التعويض في حالة وقوع حادث اعتداء على عشيقها، لأن الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على العشيق لايمثل ضررا

---

= المدني المصري - جـ ١ - ص ٦٦ - طبعة ١٩٦٨، حيث يقول: ويعتبر ضررا أدبيا في الجملة، كل مساس بحق غير مالي، كحق الشخص على أسمه أو على حرمة مسكنه، وحقه المعنوي على مؤلفه وقد ينجم ضرر أدبي عن مجرد الاعتداء على حق له وقارن د. توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٣٥٦، حيث يعتبر الضرر الادبي داخلا تحت الضرر الجسدي.

(٢) راجع المادة ٢٠٥ من مشروع التقنين المدني العراقي وهى مستمدة من الفقة الاسلامي وتنص على أنه: ١ - يتناول حق التعويض عن الضرر الادبي كذلك، كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسئولا عن التعويض، وقد نصت المادة ٢٦٧ من القانون المدني الاردنى على أنه: ١- يتناول حق الضمان الضرر الادبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي. أو في اعتباره المالي يجعل المتعدى مسئولا عن الضمان، وقد نصت المادة ٢٧١ من مشروع قانون المعاملات المالية العربية الموحد (القانون المدني الموحد على أساس الفقه الاسلامي) على أنه: ١- يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدى مسئولا عن التعويض. راجع: الفعل الضار - للدكتور مصطفى الزرقا. ص ٢٢٤ - دار القلم بدمشق.

بمصلحة مشروعة يحميها القانون[٣]

**٤٥ ـ ثانيها: أن يكون الضرر الأدبي محققا:**

ويكاد رأى الشراح يجمع على أن الضرر الأدبي يشترط فيه مايشترط في الضرر المادي من كون الأخير محققا، والضرر المحقق الوقوع، هو الذي تحقق وقوعه فعلا[٤] أو سيقع حتما، وذلك كما إذا كان الضرر مستقبلا، أى لم يقع في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل[٥].

وإذا كان فقهاء القانون الوضعي لم يضربوا أمثلة توضح عنصر التحقق في الضرر الادبي فيمكن تقدير تحقق الوقوع في الحالات التي ذكرها الفقهاء، في حالة ما لو تم الفعل ووقع فيها، مثل حدوث الألم من جراء التعدى على جسم المضرور فعلا، أو إذا تحققت الاشاعة عن فتاة أنها مريضة بمرض معد لاتصلح منه للزواج، أو رميها بالزنا، أو نسبة أمر محدد يمس اخلاقها بما يقزز الراغبين في الزواج منها، وكما في قذف انسان أو سبه على نحو ماسلف، وكما في اختطاف طفل من أمة أو انتزاعه من حضانتها، وكما لوحدث بالفعل ما ينطوى على مساس بالشخص في معقداته الدينية أو شعوره الأدبي وهكذا .

وقد يكون حصول الضرر الادبي في المستقبل، وذلك في حالة ما إذا قامت أسبابه في الحال، وتراخت أثاره إلى المستقبل[٦]، كما لو أصيب شخص بجرح في وجهه فسبب

---

(٣) د. توفيق فرج ـ السابق ـ ص ٢٥١ وما بعدها، د. جمال زكي ـ المرجع السابق ـ فقرة ٢١٤ .

(٤) د. السنهوري ـ المرجع نفسه ـ ص ٨٥٨، د. عبدالمنعم الصده ـ ص ٥٨٧، د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ فقرة ٤٦٣، د. توفيق فرج السابق ـ ص ٣٤٨، د. أنور سلطان ـ المرجع نفسه ـ ص ٣٢٩.

(٥) د. عبدالمنعم الصدة ـ المرجع نفسه، وراجع حكم محكمة النقض الجنائي في ١٦/٦/١٩٤٧م، وقد جاء في هذا الحكم: انه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى المدني، الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى ثابتا على وجه اليقين والتأكيد واقعا ولو في المستقبل، ومجرد ادعاء احتمال وقوع الضرر لايكفي بالبداهة (مجلة المحاماة ٤٨، ص ٧٤٦ رقم ٢٤١).

(٦) د. السنهورى ـ المرجع نفسه ـ ص ٨٥٩، ود. الصدة ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٨٧، د. محمد كامل مرسي ـ المرجع نفسه فترة ٤٨، د. أنور سلطان ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٥٢، د. أحمد سلامة ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٨، د. عبدالرزاق فرج ـ المرجع نفسه ـ ص ٦٥، د. جميل =

له ألما وتمخص عن بعض التشوهات التي تمنعه من الاستمرار في وظيفته، إذا كانت مما يشترط لها حسن المظهر وجمال السمات، وكما لو اشيع عن فتاة أنها ليست على خلق وتمخصت الاشاعة عن صرف الخطاب عنها أو اقالتها من عملها، أو نقلها إلى وظيفة أدنى درجة أو أقل دخلا مما كانت عليها، وفي هذه الحالة، والضرر الادبي شأنه شأن الضرر المادى لايقف تقدير التعويض عند الضرر الذي وقع فعلا، وانما ينبغي أن يمتد ليشمل الضرر الذي سيقع حتما، فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فورا، قدره القاضي وحكم به كاملا[٧].

أما إذا كان لايمكن تقديره، كما إذا أصيب العامل في ساقة وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت السابق ستبتر أو ستبقى فللقاضي في هذه الحالة ان يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بها قدر، ويتقاضي العامل التعويض الذي يستحقه، وفقا لأي من الفرضين يتحقق في المستقبل، وقد يرجع عدم امكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى فيجوز للقاضي بعد أن يقدر الضرر وفقا لما يتبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير[٨] وقد اشار إلى هذه الفروض القانون المدني الجديد، فنص في المادة ١٧٠ بأن يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢، مراعيا في ذلك الظروف الملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير[٩].

---

= الشرقاوى - المرجع نفسه - ص ٤٨٣.

(٧) د. السنهوري - المرجع نفسه، د. توفيق فرج - المصدر نفسه - ص ٣٤٩، د. جمال زكى - المرجع نفسه - ص ٢٦٠ وما بعدها د. عبدالحى حجازى - المرجع نفسه - ص ٤٧٣.

(٨) المرجع نفسه - وقد قضت محكمة النقض المدني في ٧/ ٦/ ١٩٣٤ بأنه: إذا طلب شخص أن يقضي له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذي أصابه مع حفظ الحق في المطالبة بالتعويض الكامل بنصيبه على حده، وقضى له بالتعويض المؤقت، فذلك لايمنعه من المطالبة بتكملة التعويض بعد أن يتبين له مدى الاضرار التي لحقته، مجموعة القواعد القانونية - جـ ١ ص ٤١٥ رقم ١٩٠.

(٩) وقد نصت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص على أنه: قد لايتيسر للقاضي أحيانا أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديدا كافيا كما هو الشأن مثلا في جرح =

وإذا كان من المسلم به أن المضرور يمكن أن يطالب في دعوى جديدة بالتعويض عن الضرر الذي استفحل ولم يكن قد دخل في تقدير القاضي أول مرة، وليس في هذا ما ينافي حجية الامر المقضي به لاختلاف المحل في الدعوين، اذ محل الدعوى الثانية هو التعويض عن الضرر الذي استجد ولم يكن موجودا عند نظر الدعوى الأولى[١٠].

٤٦ ـ وعلى العكس من ذلك قد يقدر القاضي التعويض على أساس ما تبين له من ضرر، ثم يحصل بعد ذلك أن يتناقص الضرر على خلاف ما حسبه، وقت الحكم بالتعويض، كما لو بدت الاصابة خطيرة بحيث تؤدى إلى عاهة مستديمة، فقدر القاضي التعويض على هذا الاساس، ثم حصل بعد ذلك أن زال كل أثر للاصابة، ففي هذه الحالة لاتصح معاودة النظر في تقدير التعويض لان هذا يتنافي مع حجية الامر المقضى به[١١].

وفي مقابل الضرر المحقق حالا كان أم مستقبلا، يوجد الضرر المحتمل، وهو الضرر غير المحقق الوقوع في المستقبل، وليس من شأن هذا الضرر ان يولد حقا في التعويض، فليس للمالك الذي يمر من جانب أرضه قطار السكة الحديد أن يطالب بتعويض عن خوفه من حدوث حريق في زراعته بسبب كونه مجاورا له، فان مثل هذا الخوف لايرقى لان يكون ضررا أدبيا يستحق بموجبه التعويض[١٢].

**٤٧ ـ ثالثها: ينبغي أن يكون الضرر شخصيا:**

والمراد بهذا الشرط أن يقتصر الحق في طلب التعويض عن الضرر الأدبي على من

---

= لاتستبين عقباه الا بعد انقضاء فترة من الزمن فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضا موقوتا بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر في قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها، فإذا انقضى الاجل المحدد اعاد النظر فيما حكم به، وقضى للمضرور بتعويض اضافي إذا أقتضى الحال ذلك، وعلى هذا مسار القضاء المصرى ـ مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ص ٣٩٣.

(١٠) د. عبدالمنعم الصده ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٨٨، وقد جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية: أنه إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلي خلال مدة يعينها، فلا يتنافي ذلك مع قاعدة حجية الاحكام، مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ص ٣٩٤.

(١١) د. عبدالمنعم الصده ـ المرجع نفسه.

(١٢) راجع في هذا المعنى: د. توفيق فرج ـ المرجع نفسه ص ٣٥٠.

لحقه الضرر دون غيره ولهذا لايستطيع أي شخص غيره أن يلاحق المسئول في حالة تقاعد المعتدي عليه وعدم رفعه دعوى المسئولية، فالمضرور هو الذي يكون له أن يطالب بالتعويض[١٣] ولا صعوبة في حالة ما إذا كان المضرور شخصا واحدا، كما أنه لاصعوبة كذلك في حالة تعدد المضرورين من الخطأ الواحد، حيث يكون هناك ضرر شخصي بالنسبة لكل منهم.

ولكن يثور الامر في حالة ما إذا وقع الضرر على جماعة، ومع ذلك فانه ينبغي أن يفرق هنا بين ما إذا لم يكن لهذه الجماعة شخصية معنوية، أولا، فإذا لم يكن للجماعة شخصية معنوية وكان الضرر يمس المصلحة العامة لهذه الجماعة، فلايكون لهاأن تطالب بالتعويض، وانما يكون لكل فرد من المنتمين اليها أن يطالب به متى أثبت أنه قد لحقه ضرر شخصي من جراء ما وقع على الجماعة التي ينتمى اليها، أما إذا كان لهذه الجماعة شخصية معنوية، كان تكون نقابة من النقابات او جمعية من الجمعيات أو شركة، فان يجب هنا أن نفرق بين ما يقع من ضرر لفرد من الأفراد الذين ينتمون اليها، حيث يتعلق الامر بمصلحة فردية، وبالتالي يجب أن يكون الضرر شخصيا بالنسبة لهذا الفرد الذي يدعى حصول الضرر، وبين ما يقع على مصلحة الشخص المعنوى ذاته، فللنقابة مثلا، الحق في المطالبة بالتعويض، عن كل الاضرار التي تقع على المصلحة الجماعية أو المشتركة للمهنة التي تمثلها. ولا يعدو الامر في مثل هذه الحالة أن نكون بصدد ضرر شخصي يكون للشخص الاعتباري نفسه الحق في المطالبة بالتعويض عنه[١٤].

ويلاحظ ان الحق في التعويض عن الضرر الادبي يختص بالمضرور وحده، وينقضي بوفاته، ولاينتقل إلى ورثته الا أن هناك حالتين ينتقل فيهما الحق في التعويض إلى الورثة وهما:

١ ـ إذا كان هناك اتفاق على مبدأ التعويض ومقداره بين المضرور والمسئول ففي هذه الحالة يمتد أثر الاتفاق إلى الورثة نتيجة لامتداد أثر العقد اليهم.

٢ ـ إذا كان المضرور قد رفع دعوى إلى القضاء لأنه برفع الدعوى يكون قد عبر عن عدم تنازله عن التعويض عن الضرر، وقد عبر المشرع المصرى عن هذه المعنى

(١٣) المرجع نفسه

(١٤) د. توفيق فرج ـ المرجع نفسه ـ فقرة ٢٩٠.

في المادة (٢٢٢) من التقنين المدني، والتي تنص على أنه: لايجوز أن ينتقل إلى الغير الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، فكأن المشرع اعتبر هذا الحق حقا من نوع خاص لاتثبت له صفة المالية الا من وقت مطالبة صاحبه به امام القضاء أو أقربه المسئول(١٥).

وقبل المطالبة به أمام القضاء أو اقرار المسئول به لايكون له كيان مالي ولايوجد في تركة صاحبه عند وفاته(١٦).

٤٨ ــ أما فيما يتعلق بالضرر الأدبي الذي يصيب الآخرين من وفاة المصاب، فإن هذا الألم يصيب زوج المصاب أو أقاربه إلى الدرجة الثانية، ويشمل هذا الزوج والوالدين والجدين والأولاد، وأولاد الأولاد، وكذلك الاخوة والأخوات، فإذا اجتمع هؤلاء في ذات الوقت، فان القاضي لايحكم بالتعويض لهم جميعا وانما يحكم لمن أصابه منهم الم حقيقي، أما الألم الذي ينتج عن أصابة أخرى أقل من الوفاة، فانه لايعوض عنه الا المصاب نفسه وقد يعوض عنه الوالدان أو الزوج أو كما يقدره القاضي وفقا لظروف الدعوى(١٧).

---

(١٥) د. عبدالرزاق فرج ـ المرجع نفسه ـ ص ٦٩، د. سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية من تقنينات البلاد العربية، القسم الاول ـ ص ١٦٢، وقد قضت محكمة استئناف مصر في حكم لها بتاريخ ٣١/٥/١٩٥٧: بأن هذا الحكم مستحدث لايسرى الا من تاريخ التقنين المدني الجديد، فلا محل لتطبيقه على الحوادث التي وقعت قبل ذلك ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة ـ العدد الرابع ـ السنة الاولى ـ ص ١٩٦.

(١٦) د. عبدالرزاق السهنوري ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ فقرة ٥٧٩، د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ المرجع نفسه ـ فقرة ٤٦٨، د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه، وقارن ما نصت عليه المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى العراقي: حيث نصت في فقرتها الثالثة على أنه: لا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي إلى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائى، حيث لم يقتصر الامر فيها على مجرد المطالبة به أمام القضاء.

(١٧) د. السنهورى ـ المرجع نفسه ـ ص ٨٧١، محمد كامل مرسي ـ المرجع نفسه فقرة ٥٢، د. أنور سلطان ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٢٨، وما بعدها، د. عبدالمنعم فرج الصدة المرجع نفسه ـ فقرة ٤٧٠، د. جميل الشرقاوى ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٨٦، د. نعمان جمعة ـ المرجع نفسه ص ٥٤، د. سمير تناغو ـ السابق ـ ص ٢٤٩، وما بعدها، ويرى الاستاذان بلانيول وريبر: =

### ٤٩ ــ رابعها: أن يكون الضرر مباشرا:

ويجب كذلك في الضرر الأدبي أن يكون مباشرا، وهذا الشرط يعتبر مظهرا من مظاهر رابطة السببية بين الخطأ والضرر، واستلزام أن يكون الضرر مباشرا القصد منه استبعاد دعاوى التعويض، التي يرفعها أشخاص لحق بهم ضرر ولكنه غير مباشر، أو بطريق التسلسل، كما يقال[١٨]، فالضرر الذي يجب على المسئول أن يعوضه هو الضرر المباشر، وهو الضرر الذي تقوم بينه وبين الفعل الضار علاقة السببية[١٩]، ومن ثم وجب على من يطالب بالتعويض على أساس المسئولية عن الضرر الأدبي أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر وبين الخطأ الذي يعزوه إلى المسئول على أساس أنه ملتزم باثبات جميع أركان الحق الذي يطالب به[٢٠] فلا يكفي أن يخطىء المدين وأن يضار الدائن، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، إذ أنه بغير رابطة السببية لايتصور قيام المسئولية، فالسببية ركن جوهري في كافة صور المسئولية تفرضه بداهة المنطق ومقتضيات العدالة[٢١]، وعبء اثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن، وذلك طبقا للقاعدة العامة في تحميل المدعي عبء اثبات ما يدعيه[٢٢]، بينما خالف في ذلك بعض الفقهاء وقرروا أن المشرع قد افترض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكلف الدائن باثباتها، بل ان المدين هو الذي يكلف بنفيها ان ادعى أنها غير موجودة[٢٣]، وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى

---

= أن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى ورثة المصاب مثله كمثل التعويض عن الضرر المادى فانه ينتقل اليهم مادام المتضرر لم يتنازل عنه قبل وفاته، مشار اليه في د. عبدالرزاق حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص ٧٠، هامش (١).

(١٨) د. توفيق فرج ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٥١، فقرة ٢٩١.

(١٩) المرجع السابق، وارجع: د. اسماعيل غانم ـ المرجع نفسه ص ٧٢ فقرة ٣٦.

(٢٠) د. جميل الشرقاوى ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٨٦، د. أنور سلطان ـ المرجع نفسه ـ ص ٣٣٥، حيث يقرر أن الضرر المباشر هو ماكان نتيجة طبيعية للخطأ، ثم اضاف يقول: وهو يعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن توقيه ببذل معقول.

(٢١) د. اسماعيل غانم ـ المرجع نفسه.

(٢٢) المرجع السابق نفسه.

(٢٣) د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ المرجع نفسه ـ فقرة ٣٦٤، د. السنهورى ـ الوسيط جـ ١، فقرة ٤٥٥، وقارن نفس المرجع ـ فقرة ٦٢٩.

المادة (٢١٥) من التقنين المدني، والتي تقضى بتكليف المدين بعبء اثبات السبب الاجنبى الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، وقالوا: بتعميم هذا الحكم، والصحيح الراجح أن المادة (٢١٥ مدني) والتي استند اليها هذا الرأي، لا تشير اصلا إلى علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر، بل هي قاصرة على ركن الخطأ وحده فهي إذ تكلف المدين بأثبات السبب الاجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، لاتفترض أن عدم التنفيذ قد تسبب في الاضرار بالدائن بل تفترض ان عدم التنفيذ مرجعة فعل المدين، فهي تفترض الخطأ وليست تفترض السببية بين الخطأ والضرر(٢٤).

## ٥٠ ـ خامسها: ان لايكون الضرر الأدبي قد سبق التعويض عنه:

وهذا الشرط يعتبر من الشروط المعروفة بداهة، ذلك أننا طالما نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر حريا بالتعويض عنه، فانه إذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه، فلامحل للنظر فيه، وليس من ريب في أنه لايجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لاصلاح ضرر بعينه، فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختيارا، فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا الصدد ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن ذات الضرر، وهذا لاينفي امكان الرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض الذي قام به(٢٥).

ولكن إذا كان المضرور مؤمنا على نفسه ضد ما قد يصيبه من حوادث فتسبب شخص بخطئة في جرحه، أو كان التأمين على الحياة فقتل المؤمن على حياته، فقامت شركة التأمين بتعويض الجريح عما أصابه من جرح وبتعويض ورثة القتيل فهل مع هذا يمكن للمضرور أن يطالب الفاعل بتعويضه عما أصابه من ضرر؟

. . . في الغالب وفي مثل تلك الحالات يكون مبلغ التأمين الذي تدفعه الشركة أقل كثيرا عما يجب تقديره للضرر، بما لايمكن معه القطع أن المضرور قد حصل على

---

(٢٤) د. اسماعيل غانم ـ المرجع نفسه ـ ص ٧٣، د. عبدالحى حجازى ـ المرجع نفسه ـ ص ١٥١ وما بعدها، د. أنور سلطان ـ فقرة ٣٤٤.

(٢٥) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٣٣٨ ـ طبعة ١٩٧٩ دار المعارف، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا استحقت مكافأة استثنائية بموجب قانون المعاشات لأرملة وأولاد المستخدم الذي توفي في حادث فانه يجب خصم هذه المكافأة من مبلغ التعويض، حكم محكمة النقض المصرية في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ س ١٣ قضية رقم ٤٣

التعـويض الكـامل عما حدث، وفي تلك الحالة يكون للمضرور أن يطالب محدث الضرر بما لم يشمله مبلغ التأمين[٢٦].

٥١ ــ ومن القواعد التي يقوم عليها تعويض الضرر، انه يجب الا يزيد مقدار التعويض عن الضرر، كما لا يجب أن يثرى المضرور على حساب المسئول، ومن ثم فان الفعل الضار إذا ارتكبه عدة أشخاص فلا يجوز للمضرور أن يحصل منها الاعلى ما أصابه فعلا من الضـرر[٢٧]، ولو قلنا بجـواز الحصول على اكثر من تعويض عـن الضرر الواحد لأدى ذلك إلى تجاهل تلك القاعدة، ولهذا يجب أن يكون الضرر القائم لم يسبقه تعويض لامن المعتدى، ولا من غيره على نحو ما سبق.

## (المبحث الثاني)
## شروط قيام الضرر الأدبي
## في الفقه الإسلامي

٥٢ ــ من المعروف ان الضرر الادبي يمثل اخلالا بحق غير مالي من الحقوق التي تتعلق بحفظ مقـومـات الحياة مما يمسهـا في وجـودها أو شرفها واعتبارها أو معانيها النفسية، مثال ذلك الضرر الذي يقع على الام من جراء انتزاع وليدها من حضانتها، ومصدر الخلل في التصرف الواقع على حقوق الانسان الادبية، انه ينطوى على مخالفة لنصوص الشارع التي تأمر باحترام حقوق الانسان في حياته وشرفه وتنهى عن انتهاك تلك الحقوق بأى مسلك ولو كان يسيرا، وحتى تتحقق تلك المخالفة لنصوص الشارع الداعية إلى احترام الحقوق الادبية في حياة الانسان ينبغي أن يكون الضرر محققا، وأن يكون مباشرا، وأن يكون شخصيا، ونشير إلى هذه الشروط الثلاثة بالتفصيل الذي تقتضيه الدراسة.

---

(٢٦) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ المرجع والمكان السابقان، د أنور سلطان ـ مصادر الالتزام ـ ص ٣٦٠، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣م، د. عبدالمنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ص ٥٢٩، دار النهضة العربية ١٩٨٤، د. عبدالحى حجازى ـ النظرية العامة للالتزام ـ ص ٥١١، طبعة ١٩٥٤م.

(٢٧) راجع: الوسيط للسنهورى ـ جـ ١ ـ ص ٩٧١، وما بعدها د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥٠٩.

### ٥٣ ــ أولا: أن يكون الضرر محققا:

يشترط لقيام الضرر الأدبي أن يكون وجوده أمرا محققا، ويتحقق وجود الضرر حين يتم وقوع الفعل الضار، وما لم يتم وقوع الفعل الضار لايكون للضرر وجود لانه لم يتحقق، ويترتب على ذلـك: ان الضامن إذا اقتصر أمره على مجرد النية السيئة على الشروع في الفعل، فان فعله لايكون معنى التحقق في الضرر، اذ هو لايعدو ـ وأمره كذلك ـ ان يكون نوعا من حديث النفس وقد أخبر النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن ذلك الفعل عفو لأن الله تجاوز للانسان عما حدثت به نفسه مالم يعمل به أويتكلم، يقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم : إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها مالم تتكلم به أو تعمل[٢٨]، وفي رواية عـن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ، انـه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: ان الله سبحانه وتعالى تجاوز عن أمتى ما وسوست به أنفسها مالم تتكلم به أو تعمل[٢٩]، **حيث دل هذا الحديث الصحيح على أن الفعل إذا اقتصر أمره على مجرد** حديث النفس أو الوسوسة دون أن يصل إلى درجة الوقوع بالفعل فلا مؤاخذة عليه ولاضمان.

ووقوع الفعل الضار على الحق الأدبي يمثل سبب ضمانه، وقد عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الضرر بأنه: الحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل ايذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته[٣٠]، فالضرر الادبي كالاهانة التي تمس كرامة الانسان، أو تلحق به سمعة سيئة سواء اكان ذلك بالقول والشتم. أو الضرب إذا تحقق وقوعها فانها توجب الضمان[٣١] كما يجب الضمان في حالة الالم الجسماني، وبقدر ما لحق المجروح أو المضروب من ألم[٣٢]، ذلك هو أساس تحقق الضرر، حيث يجب أن يكون الضرر قد تحقق وقع بالفعل.

ووقع الضرر بالفعل لايقتصر أمره على ما تسفر عنه آثار التعدى حال وقوعه ولكنه

---

(٢٨) صححه الترمذى، وأخرجه البخارى وأبو داود، راجع ارواء الغليل ـ جـ ٧ ـ ص ١٣٩.

(٢٩) شرح السنة للبغوى ـ جـ ١ ـ ص ١١١.

(٣٠) راجع: المدخل الفقهى للدكتور مصطفى الزرقا ـ فقرة ٥٨٦، والنظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ـ للدكتور صبحى محمصاني ـ جـ ١ ـ ص ١٦٩ وما بعدها ـ طبعة ١٩٤٨. ونظرية الضمان ـ للدكتور وهبة الزحيلي ـ ص ٢٣ وما بعدها.

(٣١) د. وهبة الزحيلي ـ السابق ـ ص ٢٤.

(٣٢) المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٢٦ ـ ص ٨١، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٤١٥، ومجمع الضمانات ـ ص ١٧١.

يشمل ما يترتب على هذا الضرر من تسلسل آثاره، وترتيبا على ذلك قرر الفقهاء بالنسبة لما يتعلق بحق الانسان في حماية حياته من وقوع التعدى عليها أمرين:

٥٤ ــ **أولهما**: ان حق المجنى عليه في ضمان أثار الجناية لايتحدد الا بعد اندمالها الجروح حيث يتحدد بالندمالها مركزه النهائي، وذلك لما رواه جابر أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى أن يستقاد مـن الجـارح حتى يبرأ المجـروح(٣٤)، لان التعدى ينظـر إلى مآله لاحتمال ان تسرى الجناية إلى النفس فيحدث القتل فلا يعلم أنه جرح الا بالبرء.

٥٥ ــ **ثانيهما**: أن ماتسرى اليه الجناية فيما دون النفس داخل ضمن الضمان، لان السراية من أثر الجناية، وبما ان الجناية مضمونة فكذلك آثارها، فإذا سرت الجناية إلى النفس وجب ضمـانها(٣٥)، وان لطمه فذهب ضوء عينيه ، لم يقتص منه لأن المماثلة غير ممكنـة، وينتقل الضمان إلى المعنى الذي أتت عليه الجناية كاملا حيث تجب فيه دية كاملة، وإذا قطع الجـاني أصبعـا، فتـآكلت اخرى وسقطت، فان الثانية تدخل في الضمان، ولا يقتص منه لعدم تحقق العمد فيها(٣٦) ومن ثم يكون ضمان التعدى داخلا فيه سراية الجناية حيث تدخل في ضمانها.

٥٦ ــ **ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا:**

ويشـترط لقيام الضرر الأدبي ان يكون مباشرا، ومعنى كون الضرر مباشرا، أن يحدث التعدى بفعل المسئول، سواء حصل التلف بفعله مباشرة أم تسببا، فإذا باشر المسئول الفعل الضار بنفسه دون أن يتخلل بين فعله سبب آخر يرقى لاسناد التلف اليه، فإنـه يضمن في هذه الحـالة، وذلك كما لو قام المسئول بالتعدى على المضرور بالضرب أو الجرح او الترويع أو خطف ولده، أو قام بقذفه أو سبه، أو وصفه بما ينال

(٣٤) رواه الدار قطني وأبو بكر بن أبي شيبة مسندا، ورواه البيهقى وأحمد مرسلا، راجع: نيل الاوطار للشوكاني جـ ٧ ـ ص ٢٧، وارواء الغليل للألباني ـ جـ ٧ ص ٢٩٩، حيث يقرر: ان الحديث قد أخرجه الطحاوى من طريق مهدى بن جعفر عن عنسبة بن سعيد عن الشعبي وقال: هذا اسناد حسن، رجاله كلهم ثقات معروفون، وأمره قد روى من طرق يشد بعضها بعضا.

(٣٥) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ص ٧١٥، ويرى الشافعية وجوب القصاص بالسراية لان له محلا منضبطا. راجع: المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ص ١٨٦، ومغنى المحتاج جـ ٤ ص ٢٩.

(٣٦) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٢٧، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٣٠، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣٠٧.

من شرفه واعتباره فانه في كل تلك الحالات يكون الضرر قد حدث نتيجة فعل الجاني مباشرة.

وقد عرف الفقهاء المباشر بأنه: هو الذي يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين التلف وفعله فعل مختار، والمتسبب هو الذي حصل التلف بفعله وتخل بين فعله والتلف فعل مختار(٣٧)

وإذا وجدت المباشرة من المسئول فقد وجب الضمان، أما إذا وجد التسبب وحده فان الضمان لايجب الا إذا توافرت شروط منها(٣٨):

١ ـ أن يحدث تعد من فاعل السبب.

٢ ـ أن يتحقق قصد وقوع الضرر من المتسبب بأن يكون معتمدا له

٣ ـ أن يؤدى السبب إلى الضرر قطعا دون تدخل سبب آخر حسب العادة، أو الا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر، والا نسب الفعل اليه مباشرة، وقد نصت على هذا المعنى: المادة (٩٢٤) من مجلة الاحكام العدلية بقولها: يشترط التعدى ليكون السبب موجبا للضمان على ما ذكرنا آنفا، يعنى أن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلا مفضيا إلى ذلك الضرر(٣٩)، كما نصت المادة (٩٢٥) على أنه: لو فعل واحد فعلا يكون سببا لتلف شيىء، فحل في ذلك الشيىء فعل اختيارى، كأن جاء آخر فأتلفه مباشرة. فالضمان على ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختيارى(٤٠)، كما نصت المادة (٩٠) من المجلة على أنه: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشرة».

٥٧ ـ تطبيقات المباشرة في الضرر الادبي:

وقد ضرب الفقهاء أمثلة لشرط المباشرة في الضرر بالترويع، أو الافزاع، والحيلولة.

---

(٣٧) راجع في هذا المعنى: كشف الاسرار على أصول البزدوى ـ جـ ٢ ـ ص ١٢٦٩، وغمز عيون البصائر ـ شرح الاشباه والنظائر جـ ١ ـ ص ١٩٦، وقواعد الاحكام ـ للعز بن عبدالسلام ـ جـ ٢ ـ ص ١٣١.

(٣٨) د. وهبة الزحيلي ـ السابق ـ ص ٢٧ وما بعدها.

(٣٩) راجع: شرح مجلة الاحكام العدلية ـ لسليم رستم باز ـ ص ٥١٤ وما بعدها، وشرح المجلة للشيخ خالد الاتاسي ـ جـ ٣ ص ٤٦٤، وما بعدها.

(٤٠) المرجعان السابقان.

**٥٨ ــ أ ـ أما الافزاع والترويع:**

فانه لغة: الذعـر والاخافة[٤١] وفي اصطلاح الفقهـاء يطلق ويراد به اخافة الانسان على نحو يتحقق منه ضرر له، ومن أمثلته ما إذا أرسل الحاكم إلى امرأة حامل يستدعيها إلى مجلس القضاء ففزعت وخافت، وترتب على هذا الفزع اجهاضها أو ذهاب عقلها، وقد يترتب على التخويف والافزاع القتل احيانا، وذلك كمن يشهر سيفا في وجه انسان أو دلاه من مكان شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله، وكذلك لوصاح انساني بصبي أو مجنون أو معتوه صيحة شديدة، وهو على سطح أو حائط ونحوهما فوقع فمات أو ذهب عقله، وكذلك لو القى على انسان حية ولو كانت ميتة فمات فزعا ورعبا.

وقد اختلف الفقهاء في مدى ضمان المسئول في حالة التعدى على المضرور بالترويع والافزاع وذلك على قولين:

**٥٩ ــ أولهـا:** أن الفـاعـل مسئـول وضـامن، وهذا رأى جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، ولكن أصحاب هذا الرأى اختلفوا فيما بينهم على الأساس الذي يتقرر الضمان بموجبه فقال المالكية أن الفاعل يكون قاتلا عمدا بالتسبب، فيجب عليه القصاص ان كان ما فعله على جهة العداوة، اما كان إذا على وجه اللعب والمزاح أو التأديب فعليه الدية[٤٢].

وقال الشافعية والحنابلة، ان فعل ماذكر عمدا فهو شبه عمد موجب للدية، والا فهو خطأ لانه سبب اتلافه[٤٣].

**٦٠ ــ وثانيهما:** للحنفية: وحاصل قولهم: ان المسئول لايضمن في تلك الصور لان السبب المذكور لايكفي للضمان، لانه ليس سببا متصلا بالنتيجة قطعا، ولكن القول بعدم الضمان عند الحنفية مشروط بما إذا لم يكن التخويف فجأة، فان كان فجأة كالصياح ونحوه على انسان فمات من صيحته، أو قال له: قع فوقع، فهو قاتل له قتلا

---

(٤١) مختار الصحاح ـ ص ٥٠٢، والروع بمعنى الفزع، فالافزاع والترويع بمعنى واحد، راجع: مختار الصحاح ـ ص ٢٦٣.

(٤٢) الشرح الكبير للدردير ـ جـ ٥ ـ ص ٢١٧، وحاشية الدسوقي عليه ـ نفس المكان.

(٤٣) مغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٤، والاحكام السلطانية للماوردى ـ ص ٢٣٠، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٨٣٢ والمهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ١٩٢، ونهاية المحتاج ـ جـ ٤ ص ١١١، ١٤٨، ١٥٣.

شبه عمد فتجب الدية(٤٤).

٦١ ـ أدلة القول الأول:

وقد استدل أصحاب القول على ما ذهبوا اليه من ضمان التلف الحاصل عن طريق الضرر الأدبي بالترويع بالأثر والمعقول.

٦٢ ـ أ ـ أما الأثـــر:

فبما روى أن عمر ـ رضي الله عنه ـ أرسل إلى امرأة مغيبة (غاب عنها زوجها) يدخل عليها رجل، فدعاها اليه، فقالت: يا ويلها، مالها ولعمر، فبينا هى في الطريق فزعت فجاءها الطلق فألقت ولدا، فصاح الصبى صيحتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فأشار بعضم ان ليس عليك شيء، انما أنت وال ومؤدب، وصمت على، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: ان كانوا قالوا برأيهم، فقد اخطأ رأيهم، وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، ان ديته عليك لأنك أفزعتها، فالقته، فقال عمر: أقسمت عليك الا تبرح حتى تقسمها على قومك، أى بنى عدى من قريش(٤٥).

٦٣ ـ ووجه الدلالة في هذا الأثر:

ان عمر رضي الله عنه قد ضمن ما ترتب على طلبه للمرأة من ترويعها، بعد أن استشار أصحابه وأخذ برأى على وأقسم عليه أن لايبرح حتى يقسم أثار الضمان على قومه، فدل ذلك على أن المتسبب ضامن لفعله، وإذا كان ذلك كذلك، كان كل ضرر

(٤٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٣٩٧، مجمع الضمانات ـ ص ١٤٨، ١٥٣، واللآلىء، الدرية في الفوائد الخيرية، بهامش جامع الفصولين ـ جـ ٢ ـ ص ١١٢، الطبعة الاولى.

(٤٥) ارواء الغليل ـ جـ ٧ ـ ص ٣٠١، وراجع: حاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٣٦.

والقـاعـدة في ذلك: ان ضمان خطأ القاضي في بيت المال أى أن خطأه واجب في بيت مال المسلمين وليس في ماله هو، وراجع: المغنى مع الشرح الكبير ـ لابن قدامة ـ جـ ٩ ص ٥٧٩، ومحمد رواس قلعه جى ـ موسوعة فقه على بن أبي طالب ـ ص ١٨١، دار الفكر بدمشق ١٩٨٥م.

أدبي يترتب عليه الضمان.

**٦٤ ـ ٢ ـ ومن المعقول:**

فقالوا: ان الحاكم افزعها فكان سببا في هلاكها، وإذا كان سببا في الضرر فيجب ضمانه[٤٦].

**٦٥ ـ دليل القول الثاني:**

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا اليه بالمعقول فقالوا:

ان عدم الضمان انما هو لعدم تعدى السبب، لان فعل الحاكم مباح في الجملة، وإذا لم يكن السبب تعديا لايكون هناك خطأ، ومن ثم لايجب الضمان[٤٧].

**٦٦ ـ الرأى الراجح في نظرنا:**

والرأى الرجح في نظرنا هو رأى جمهور الفقهاء، لان التلف قد حصل بسبب فعل المسئول وهذا كاف في الضمان، كما أن الحنفية متفقون في رأيهم مع الجمهور في حالة ما إذا كان التخويف على وجه المفاجأة، حيث يكون الفاعل قاتلا للمفزوع قتلا شبه عمد يوجب ديته عندهم، فكان الاتجاه الغالب لدى الجمهور هو الضمان، وهو ما نرجحه.

**٦٧ ـ ب ـ الحيلولـــــة:**

والحيلولة لغة: من حال، بمعنى الحجز والمنع[٤٨]، وهى في اصطلاح الفقهاء تعنى حبس المالك عن ملكه والحيلولة دونه حتى تلف، أو هى أن يحول بين الشخص وبين ملكـه حائل حتى يتلف، وقد اختلف الفقهاء في أثر هذا المنع على حق المالك على ملكه، وهو في نظرنا حق أدبي يختلف عن حق الملكية وهو حق مالي عيني، وذلك على قولين:

---

(٤٦) المهذب للشيرازى ـ المكان السابق، والاحكام السلطانية للماوردى ـ المكان السابق، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ المكان السابق حيث يقول: وتصورهم لطلب السلطان قد يقتضى اشتراط كون الطالب مرهوبا، فان كان غير مرهوب فلا ضمان، ويلحق بالسلطان القاضي، ومن له سطوة يرهب منه، وراجع حاشية الروض المربع، مع حاشية ابن قاسم المذكورة ـ نفس المكان.

(٤٧) الدر المختار ـ المكان السابق ـ ومجمع الضمانات ـ المكان السابق.

(٤٨) مختار الصحاح ـ ص ١٦٣، والمصباح المنير، مادة: حول والقاموس المحيط، فضل الحاء ـ باب اللام.

٦٨ ـ **أولهما**: للمالكية والحنابلة: وحاصل قولهم: ان الحابس أو الحائل يجب على ضمان فعله إذا ترتب على الحيلولة هلاك المال.

**ودليلهـــــم**:

ان فعله سبب في هلاك المال فيضمن[٤٩].

٦٩ ـ **وثانيهما**: للحنفية والشافعية، وحاصل قولهم أنه لايضمن، ولكن الحنفية قالوا: إن الحيلولة إذا وقعت بين المالك وماله المنقول، فان الحائل يضمن، وقيد الشافعية عدم الضمان بعدم قصد الحائل منعه عن المال كالماشية مثلا[٥٠].

**دليلهـــم**:

وقد استدل الحنفية والشافعية لما ذهبوا اليه بالمعقول فقالوا: ان عدم الضمان مؤسس على أن الحائل لم يتصرف في المال، وانما تصرف في المالك، فلايضمن الا إذا قصد منعه عن ملكه، ووجهة نظر الحنفية في عدم الضمان في حالة ما إذا كان المال الذي أحيل المالك عنه عقارا، أي ليس بمنقول بأن الحيلولة دون العقار لاتؤدى في الغالب إلى اهلاكه، لان ذلك الفعل لايتعين طريقا لهلاكة، فلم يصلح ذلك سببا يترتب عليه الضمان[٥١].

٧٠ ـ **الرأى الراجح في نظرنا**:

والرأى الذي يترجح لدينا هو الرأى الاول الذي قال به المالكية والحنابلة، لان أصحاب القول الثاني بما ادخلوه على قولهم من قيود. أصبح قريبا مما قرره أصحاب القول الاول الذي نرجحه، والواقع أن تعليلهم عدم الضمان بالتصرف في المالك عليل لانه هو الذي أدى إلى تلف المال فيكون سبب الضمان قائما، وكذلك أيضا لامحل للتفرقة بين العقار والمنقول في الضرر الحاصل من الحيلولة، لان العقار قد يتلف أو يخرب بالحيلولة أكثر من المنقول فالتفرقة في واقع الامر ليست بذات معنى، ومن ثم

(٤٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٣ ص ٤٤٣، والمغني لابن قدامة ـ جـ ٥ ـ ص ٢٢٣، جـ ٧ ـ ص ٨٣٤، والبهجة شرح التحفة ـ جـ ٢ ص ٣٤٤.

(٥٠) نهاية المحتاج ـ جـ ٤ ص ١١٢، والاشباه والنظائر للسيوطي ـ ص ٢٧٨، جامع الفصولين ـ جـ ٢ ـ ص ٨٥.

(٥١) المراجع السابقة.

تكون الحيلولة بين المالك وملكه سببا للضمان.

**٧١ ـ شروط تحقق المباشرة في الضرر الادبي:**

يشترط لتحقق المباشرة في الضرر الادبي شرطان:

**الشرط الاول:** ان لايتخلل سبب أقوى بين الفعل الضار والتلف، فإذا تخلل بين فعل المسئول الضار سبب آخر فلا تتحقق المباشرة ولايجب الضمان، ومن أمثلة تخلل الاسباب القوية مايلي:

**٧٢ ـ أ ـ القوة القاهرة:**

وتتحقق القوة القاهرة بحصول التلف بقوة لايستطيع الانسان أن يدفعها. وليس بامكانه ان يحترز عنها، في هذه الحالة تحول القوة القاهرة بين تحقق المباشرة في الضرر الأدبي، لما هو مقرر ان مالا يمكن الاحتراز عنه لاضمان فيه(٥٢)، ومن أمثلة تلك الحالة ما ذكره الفقهاء، من انه: إذا وضع شخص جمرة على طريق فهبت بها الريح وازالتها عن مكانها فأحترقت شيئا لايضمن الواضع، وكذلك لو وضع حجرا في الطريق، فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئا لايضمن الواضع(٥٣).

أقول: فإذا تحقق من جراء ما حدث بفعل القوة القاهرة في حالة الحريق، افزاع شخص وترويعه فجن أو أصابه تلف في نفسه فلا ضمان، وكذلك الأمر في حالة السيل ونحوه.

**٧٣ ـ ب ـ تدخل خطأ شخص آخر غير المسئول:**

ومن الأمثلة التي يمكن أن تفهم مما قرره الفقهاء لعدم تحقق المباشرة في الضرر الادبي ان يتدخل خطأ شخص آخر بين الخطأ الذي وقع من المسئول وبين الضرر، بحيث

---

(٥٢) الفرائد البهية في القواعد الفقهية ـ للشيخ محمود حمزة الحسيني، المتوفي سنة ١٣٠٥هـ ـ ص ٦٢ ـ دمشق ١٢٩٨هـ مطبعة حبيب أفندى خالد، وفي ص ٥٢ طبعة دار الفكر ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م، وراجع الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية ـ جـ ٢ ـ ص ٢٤٦. للقاضى فخر الدين حسن الاوز جندى الفرغاني المتوفى ٢٩٥هـ. المطبعة الاميرية ببولاق مصر ١٣١٠هـ.

(٥٣) تبيين الحقائق للزيلعى ـ جـ ٦ ـ ص ١٤٣، وشرح فتح العزيز مع الوجير بهامش المجموع للنووى ـ جـ ١١ ـ ص ٢٤٣.

يضاف الضرر إلى هذا السبب المتدخل. فلو أن شخصا حفر بئرا في الطريق، فألقى رجل نفسه فيها متعمداً أو القاه آخر فلا ضمان على الحافر[٥٤]، ولو ألقى شخصا من شاهق جبل فتلقاه آخر فقده، فالضمان على القاد[٥٥] ومن أردى غيره في بئر فالضمان على المردى وحده دون الحافر، لان الاول مباشر، والثاني متسبب والمباشر مقدم في الضمان، ولو فتح أحد قفص طائر فجاء آخر ونفره، فالضمان على المنفر، لان سببه أقوى من فعل فاتح القفص فاختص به الضمان[٥٦].

**أقول:** ولو أن المضرور قد فزع من جراء الخطأ المتدخل، فإن الضرر الأدبي الحاصل من ذلك يكون على هذا الخطأ المتدخل.

**٧٤ ــ جـ ـ قطع تسلسل الضرر بسبب آخر:**

وتسلسل الضرر معناه، أن الأذى الحاصل من فعل المسئول لم يقف عند حد معين، ولكن ترتب عليه سلسلة من الاضرار اللاحقة، وقد قرر الفقهاء أنه: إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر فأكثر، فانه يسأل عن كل الاضرار إذا كان لفعله أثر فيها أما كان انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فانه لايضمن[٥٧].

وقد مثل الفقهاء للحالة الاولى بما لو القى رجل قشرا في الطريق فزلقت به قدم رجل فكسرت، ثم تسلسل الضرر بأن سرى الألم إلى موضع آخر وادى إلى وفاة المضرور فان الفاعل يضمن[٥٨]، ولو ضرب رجلا فسقط المضروب مغشيا عليه وسقط على طفل فقتله فإنه يضمن الضرر الواقع على الطفل لانه بسببه[٥٩]، ولم يتدخل سبب آخر يمكن أن يضاف التلف اليه.

---

(٥٤) مجمع الضمانات ـ ص ١٧٨ ـ وما بعدها.

(٥٥) الاشباه والنظائر للسيوطى ـ ص ١٤٥.

(٥٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ جـ ٣ ـ ص ٤٤٤، ومنار السبيل ـ جـ ١ ـ ص ٤٣٧، منتهى الارادات ـ جـ ١ـ ص ٥٢١

(٥٧) المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية للمرحوم الشيخ محمود شلتوت ـ ص ٢٦ مطبعة الأزهر.

(٥٨) مجمع الضمانات ـ ص ١٥٣، وحاشية الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ـ جـ ٧ ـ ص ٢٢٦، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٧٥ ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٨، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٥٥.

(٥٩) جامع الفصولين ـ جـ ٢ ـ ص ١١٥.

ولكن الحالة التي هي محل الشاهد في المسألة، تتمثل في حالة ما إذا تدخل سبب فاصل بين المتسبب والضرر الثاني فيما يليه، وذلك كما لو حفر رجل بئرا في الطريق فجأ رجل وسقط فتعلق هذا الرجل برجل آخر، وتعلق الثاني بآخر ووقعوا جميعا وماتوا فإذا لم يعلم كيف ماتوا ولم يقع بعضهم على بعض، فدية الأول تكون على الحافر، لانه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر، ودية الثاني تكون على الواقع الاول، لان الاول هو الذي دفعه، حيث جره إلى نفسه، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى، وإذا كان قد وقع بعضهم على بعض في البئر ولا يعلم كيف حالهم ففي مقتضى القياس وهو قول محمد دية الاول تكون على عاقلة الحافر، ودية الثاني على عاقلة الأول، ودية الثالث على عاقلة الثاني وهكذا(٦٠).

وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بالافضاء، ومعناه: أن يكون الفعل موصلا إلى نتيجة لاتتخلف عنه الا إذا انتفت الموانع ويكون ذلك إما بالسبب وهو مايكون طريقا إلى الحكم من غير تأثير، وأما بالعلة، وهى ما شرع الحكم عنده تحصيلا للمصلحة، كما عرفت العلة بأنها: وصف ظاهر منضبط دل السمع على كونه معرفا لحكم شرعى(٦١).

**٧٥ ــ الشرط الثاني: أن ينتفى خطأ المضرور:**

ويشترط حتى يكون الضرر مباشرا أن ينتفى خطأ المضرور، فلو أن المضرور قد أدى بخطأه إلى النتيجة التي حلت به، فانه لاتتحقق المباشرة بين الفعل الضار الصادر من المسئول وبين النتيجة الضارة، ويكون المضرور المخطىء مسئولا عما أصابه، وهذا الحكم واضح في حالة التعدى على حق الحياة، كما هو واضح في حالة التعدى على الشرف والاعتبار.

**٧٦ ــ أ - أما في حالة التعدى على حق الحياة:**

فقد مثل الفقهاء لذلك بما إذا تعمد رجل أن ينزلق على خشبة وضعها رجل في الطريق أو يلقى بنفسه في حفرة احتفرها رجل فيه، فلا يكون هنا ضمان على الواضع

---

(٦٠) مجمع الضمانات - السابق - ص ١٨٠، والكافي - جـ ٤ - ص ٦٨ وما بعدها - المكتب الاسلامي.

(٦١) التلويح شرح التوضيح - لصدر الشريعة - جـ ٢ ص ١٣٧.

والحافر لانهما متسببان وفعل العامد مباشر ، وطريان المباشرة على التسبب ينسخه[٦٢] وكذلك لو قدم إلى آخر ولو كان صبيا سكينا فوجأ بها نفسه، فقتلها لايضمن الدافع لتخلل فعل المختار[٦٣]، وكذلك لو ضرب دابة غيره فنفحته فمات فدمه هدر لانه بمنزلة الجانى على نفسه، ولا يضمن صاحب الدابة ماحصل له من ضرر مادى أو أدبي[٦٤].

٧٧ ــ ب ـ وفي حالة التعدى على الشرف:

فان حدوث خطأ من المعتدى عليه، يهدر ما وقع عليه من ضرر يمس شرفه واعتباره وينال من سمعته بين الناس، ويمكن أن يمثل لذلك بحالة ما إذا كان خطأ المضرور هو المماطلة وعدم اداء الحقوق الواجبة عليه مع قدرته على الوفاء، فلو أن صاحب الحق نال من عرضه وشرفه بما يظهره أما الناس على أنه مماطل لايؤدى ماعليه من حقوق لايكون في تلك الحالة مخطئا، ودليل ذلك، ماروى أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: لي الواجد ظلم يحل عرصة وعقوبته[٦٥]، حيث دل الحديث الشريف على أن لى القادر على الوفاء يمثل ظلما، وهذا الظلم يمثل خطأ، وهذا الخطا يترتب عليه حل عرضه، فلو أن صاحب الحق عنفه، أو غلظ له القول بما ينال من هيبته ووقاره، أو أن يشكو منه بما يظهره أمام الناس والقاضى مماطلا أكالا لحقوق الناس، فلايمكن تخريج هذا الفعل على أنه سبب موجب للضمان[٦٦]، حتى ولو وصل الامر إلى حد رميه بالفسق، لان الفقهاء مختلفون في المدين القادر، على الوفاء إذا ماطل، هل يبلغ بالمماطلة حد الكبيرة فيفسق وترد شهادته مرة واحدة أم لا؟ قال: الصنعاني: ذهب إلى ذلك المالكية

(٦٢) المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٢٧ ـ ص ٥، ومجمع الضمانات ص ١٧٠.

(٦٣) التلويح على التوضيح ـ السابق ـ ص ١٣٨.

(٦٤) التوضيح ـ السابق ـ نفس المكان، ومجمع الانهر ـ جـ ٢ ص ٦٣٥، والمبسوط للسرخسى ـ جـ ٢٧ ـ ص ٢، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٣٩٠، ومجمع الضمانات ـ ص ١٤٤، وجامع الفصولين ـ جـ ٢ ـ ص ١١٧.

(٦٥) علقه البخارى في صحيحه، وصححه ابن حبان وحسنه الحافظ في الفتح ـ راجع: صحيح البخارى ـ جـ ٣ ـ ص ٢٣٨، وفتح البارى ـ جـ ٥ ـ ص ٦٢، ونيل الاوطار للشوكانى ـ جـ ٥ ـ ص ٢٧١.

(٦٦) راجع في هذا المعنى: عون المعبود ـ جـ ١٠ ـ ص ٥٦، وسنن ابن ماجه ـ جـ ٢ ـ ص ٨١١، وسنن البيهقى ـ جـ ٦ ـ ص ٥١ وسبل السلام ـ جـ ٣ ـ ص ٥٥٠

والشافعية[٦٧]، وعلى هذا لا يضمن الرامى له بالفسق لانه قد اخطأ والمخطىء لا ينبغي أن يستفيد من خطأه.

٧٨ ـ ثالثا ـ أن يكون الضرر شخصيا:

ويشترط لكى يكون الضرر الأدبي موجبا للضمان ان يكون ماسا بشرف المعتدى عليه واعتباره على نحو ينال منه بصفة شخصية، وقد عبر الفقهاء عن هذا الشرط فيما وضعوه من شروط تتعلق بأسلوب القذف، وشروط تتعلق بشخص المقذوف.

أما الشروط التي تتعلق بأسلوب القذف فيبدو مما ذكروه أنه يجب أن تكون واضحة الدلالة في النيل من المصلحة المقصودة بالحماية، وهي شرف الانسان واعتباره، والنيل مما ينبغي ان يتقرر له من احترام وكرامة. اثبتها الله لبنى آدم على وجه العموم، كأن يقذفه بصريح الزنا، أوما يجرى مجرى الصريح كنفى النسب، مثل أن يقول: امك زانية، أو لست بابن فلان، أو هو ليس بأبيك أو أنت زان وهكذا[٦٨]، ويلاحظ أن الرمى في الحالة الاولى مسلط على أبيه أو أمه، ولكنه ماس به، وفي الحالة الثانية، فيه نسبة الزنا اليه، فيكون ماسا به أيضا على نحو مباشر ويكون ضرره شخصيا، فلو لم يكن القذف صريحا في افادة الضرر على نحو واضح، فلايكون موجبا للحد، كما لو قال لامرأة: زنأت في الجبل[٦٩]، فليس بقذف من غير نية، لان الزنا هو الصعود في الجبل، فان قال لها: زنات على الجبل: يحد بالاتفاق، لأن على تفيد الاستقرار على الجبل ولا تدل على الصعود[٧٠]، ولو قال للمضرور: يا ابن القحبة لم يكن قاذفا، لان هذا الاسم، كما يطلق على الزانية، يستعمل في المهيأة للزنا وان لم تزن، فلا يجعل قذفا مع الاحتمال،

(٦٧) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٥٦، وقد قرر الفقهاء ترتيبا على ذلك انه يشترط لاقامة حد القذف أن يكون المقذوف محصنا رجلا كان أم امراة، أى عاقلا بالغا حرا عفيفا عن الزنى، فإذا تخلف شرط فلا يجب الحد ولا الضمان، راجع: المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٩ ـ ص ١١٦، حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٣ ـ ص ١٤٨، والمهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٢٧٢، وما بعدها، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤، ص ٣٢٥، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢٢٧، وما بعدها.

(٦٨) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ص ٤٢، تبيين الحقائق للزيلعى ـ جـ ٣ ـ ص ١٩٩.

(٦٩) الزنا: هو الصعود إلى الجبل.

(٧٠) المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٢٧٣.

لكن هذا مشروط بعدم سريان عرف الناس وعاداتهم، والا فان العرف إذا سرى بذلك يجب الضمان[٧١].

**٧٩ ـ القذف بطريق التعريض:**

وقد أثير بصدد اشتراط كو الضرر شخصيا، أمر التعريض بالقذف، وهل يصلح أن يكون سببا لاقامة موجبه وهو الحد؟، والتعريض لغة: ضد التصريح، يقال عرض لفلان وبفلان، إذا قال قولا وهو يعنيه، ومنه المعاريض في الكلام وهو التورية بالشيء عن الشيء[٧٢].

وفي اصطلح الفقهاء: يطلق التعريض على ما يقابل الصريح في القذف، مثل أن يقول لمن يخاصمه: ما أنت بزان، أوما يعرفك الناس بالزنا، أو يا حلال بابن الحلال، أو ما أنا بزان، ولا أمى بزانية، ولا أبى بزان، وقد اختلف الفقهاء في التعريض بما ينال من شرف الانسان وكرامته وسمعته، هل يستوجب الضمان أم لا؟، وذلك على قولين:

**٨٠ ـ أولهما: للحنفية وقول للامام أحمد، وهو ظاهر كلام الخرقى، واختيار أبي بكر:**

حيث ذهب أصحاب هذا القول إلى أن التعريض بالزنا لايوجب الحد وأن نوى به القذف، وكذلك لايحد بالالفاظ المشتركة بين الزنا وغيره أو بما يدل صراحة على وطء غير الزنا، مثل أن يقول لامرأة: وطئك فلان وطأ حراما، او فجر بك فلان، أو يقول لرجل: وطئت فلانة حراما أو جامعتها حراما، فلا يحد إذا قد يكون الوطء حراما ولايكون زنا، فكان قذفه محتملا، ولايجب الحد مع الاحتمال، ومثل أن يقول له: يالوطى، لان في هذا القول نسبة إلى قوم لوط فقط فهو محتمل في الرمى باللوطية وعدمه ولايجب الحد بالاحتمال[٧٣].

**٨١ ـ ثانيهما: لفقهاء المالكية والشافعية ورواية عن الامام أحمد:**

وحاصل هذا القول أن التعريض بالقذف يوجب الحد، ولكن القائلين بهذا الرأى

(٧١) في هذا المعنى: د. وهبه الزحيلي ـ الفقه الاسلامي وأدلته جـ ٦ ـ ص ٧٣ ـ دار الفكر.
(٧٢) مختار الصحاح ـ ص ٤٢٥.
(٧٣) فتح القدير للكمال ابن الهمام ـ جـ ٤ ـ ص ١٩١، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٤٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ـ جـ ٣ ـ ص ٢٠٠.

اختلفوا فيما بينهم في الشروط التي يتحقق بها وجوب الحد، فقال المالكية: ان التعريض يوجب الحد ان افهم تعريضه القذف بالزنا مع وجود القرائن كالخصام والعداوة[٧٤] فإذا لم يفهم التعريض لايجب الحد.

وقال الشافعية ان نوى به القذف وفسره به وجب الحد، وان لم ينو به القذف وغيره، والحدود تدرأ بالشبهات، وذلك مثل ان يقول للمقذوف: يا فاجر يا خبيث، يا حلال يابن الحلال[٧٥]، وقد روى الاثرم وغيره عن أحمد أن عليه الحد وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه، وبه قال اسحاق، ولكل قول أدلته.

٨٢ ـ أدلة القول الاول:

استدل أصحاب القول الاول بالسنة والمعقول:

**أما السنـــــة:**

أ ـ فبما روى عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن رجلا قال: يارسول الله، ان أمرأتي ولدت غلاما أسود قال: هل لك من ابل؟ قال: نعم، قال: فما الوانها؟، قال: حمر، قال: هل فيها من أورق[٧٦]؟ قال نعم، قال: فأنى ذلك؟ قال: لعله نزعة عرق، قال: فلعل ابنك هذا نزعة عرق[٧٧].

٨٣ ـ ووجه الدلالة في هذا الحديث:

ان هذا القول من الرجل ينطوى على تعريض برمى زوجته بالزنا، فهو تعريض برمى زوجته بالزنا، أو هو تعريض بالريبة، ومع ذلك فلم يلزمه النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بحد أو غيره، فدل هذا على أن التعريض بما ينال من الشرف والاعتبار لا ضمان فيه[٧٨].

ب ـ وبما روى عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ـ صلى الله

(٧٤) بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٣٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٢٧، المنتقى على الموطأ للباجي ـ جـ ٧ ص ١٥٠.

(٧٥) المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٢٧٣.

(٧٦) الاورق على وزن أحمر: هو الذي في لونه سواد ليس بحالك.

(٧٧) متفق عليه، وفي رواية لمسلم: وهو يعرض بنفيه، وقال في آخره، ولم يرخص له في الانتفاء منه. سبل لسلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٣٢٦.

(٧٨) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢٢٢، وسبل السلام للصنعاني جـ ٣ ـ ص ٣٦٢.

عليه وسلم ـ: ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا، اخرجه ابن ماجة باسناد ضعيف، وأخرجه الترمذى والحاكم من حديث عائشة بلفظ ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، وهو ضعيف أيضا ورواه البيقهى عن على من قوله بلفظ : ادرءوا الحدود بالشبهات(٧٩).

٨٤ ـ ووجه الدلالة في هذا الحديث:

أنه قد دل أن الحد يدفع بالشبهة قد المستطاع، والتعريض بالقذف يحتمل معناه كما يحتمل معنى غيره، وهذا الاحتمال يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهة كما جاء في الحديث(٨٠)

٨٥ ـ ومن المعقول:

استدل أصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه بالمعقول من عدة وجوه:

الاول: أن التعريض بالقذف أمره خفيف الاذى فلا يوجب الحد.

الثاني: ان الله قد فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها، فاباح التعريض بالخطبة إذا جاء ذلك التعريض في العدة، وحرم التصريح، فكذلك في القذف(٨١)

الثالث: ان التريعض بالقذف فيه احتمال القذف، والحد لايجب بالاحتمال(٨٢).

٨٦ ـ أدلة القول الثاني:

وقد استدل أصحاب القول الثاني، لما ذهبوا اليه بالآثار والمعقول:

أما الآثار:

أ ـ مارواه الاثرم وغيره عن أحمد، أن عمر ـ رضي الله عنه ـ حين شاورهم في الذي قال لصاحبه: ما أبي بزان، ولا امى بزانية، فقالوا: قد مدح أباه وأمه، فقال عمر : قد عرض بصاحبه، فجلده الحد(٨٣).

(٧٩) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٤ ـ ص ٣٠ ـ وما بعدها.

(٨٠) المبسوط للسرخسي ـ جـ ٩ ـ ص ١٢٠، وفتح القدير ـ جـ ٤ ـ ص ١٩١.

(٨١) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢٢٢.

(٨٢) تبيين الحقائق للزيلعى ـ جـ ٣ ـ ص ٢٠٠.

(٨٣) رواه الامام مالك في الموطأ ـ جـ ٢ ـ ص ٨٢٩، وما بعدها، والدار قطني في كتاب الحدود والديات وغيره. راجع: سنن الدار قطني ـ جـ ٣ ـ ص ٢٩.

**٨٧ ـ ووجه الدلالة في هذا الاثر:**

أن عمر ـ رضي الله عنه ـ قد أقام الحد على من عرض بالزنا، وهو دال على المطلوب.

ب ـ وبما رواه الأثرم: ان عثمان جلد رجلا قال لآخر: يا ابن شامة الوزر (يعرض له بزنى أمه). والوزر قدر اللحم، يعرض له بكمر الرجال[٨٤].

**٨٨ ـ ووجه الدلالة في هذا الاثر:**

أن عثمان رضي الله عنه، قد أقام الحد على من عرض بالزنا، فدل ذلك على أن التعريض بالزنا موجب له[٨٥].

**٨٩ ـ ومن المعقـــول:**

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالمعقول، وذلك من وجوه:

**الأول:** قال المالكية: التعريض بالزنا كناية عنه، والكناية قد تقوم في العادة والاستعمال مقام الصريح، وان كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه اى مقولا بالاستعارة، وهذا معنى قول الأدباء: الكناية أبلغ من الصريح، بدليل فعل عمر ـ رضي الله عنه ـ السابق[٨٦].

**الثاني:** وقال الشافعية: التعريض ان نوى به القذف وفسره به يوجب الحد، فهو بمنزلة الكناية، والكناية توجب الحد لان ما لا تعتبر فيه الشهادة تكون الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح نظير ذلك الطلاق والعتاق، فإذا لم ينو القذف فلا يجب الحد سواء كان التعريض في حال الخصومة أم غيرها، لانه يحتمل القذف وغيره، والحدود تدرأ بالشبهات[٨٧].

---

(٨٤) أخرجه الدارقطني ـ راجع: سنن الدارقطني ـ المكان السابق وقال العلامة الألباني: ضعيف، أخرجه الدار قطني من طريق خالد بن أيوب عن معاوية بن قرة، وهذا اسناد واه، خالد هذا، وقال ابن معين: لاشيء، يعني ليس بثقة وقال أبو حاتم: هو مجهول منكر الحديث، راجع: ارواء الغليل ـ جـ ٨ ـ ص ٤٠.

(٨٥) في هذا المعنى: المغنى لابن قدامة ـ جـ ١٢ ـ ص ٣٩٣، تحقيق الدكتورين: عبد الله التركي، وعبدالفتاح الحلو.

(٨٦) بداية المجتهد ـ نفس المكان السابق ـ المنتقى على الموطأ نفس المكان، والقوانين الفقهية ـ ص ٣٥٧.

(٨٧) المهذب للشيرازى ـ المكان السابق.

الثالث: وقال الحنابلة: ان الكناية مع القرينة الصارفة إلى احد محتمالاتها كالصريح الذي لايحتمل الا ذلك المعنى، ولذلك وقع الطلاق بالكناية، فان لم يكن ذلك في حال الخصومة، ولا وجدت قرينة تصرف إلى القذف فلا شك في أنه لايكون قذفا(٨٨)

**٩٠ ـ مناقشة أدلة القول الأول:**

وقد وردت على أدلة القول الاول مناقشات من عدة وجوه:

**الأول:** أن حديث أبي هريرة الاول ليس فيه ما يدل على عدم اقامة الحدد بالتريعض بالقذف لانه على جهة السؤال للنبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ والتعريض إذا كان على جهة السؤال. لاحد فيه، وانما يجب الحد في التعريض إذا كان على جهة المواجهة والمشاتمة(٨٩).

.. كما أن هناك فرقا بين الزوج والأجنبي في التعريض، إذا ان الاجنبي يقصد الاذية المحضة، والزوج لايقصدها، فاختلفا، كما أن الزوج معذور بالنسبة إلى صيانة النسب، فلا يعذر غيره، إذا عرض بالقذف(٩٠).

**الثاني:** أما حديث: ادفعوا الحدود ما استطعتم، فقد اخرجه ابن ماجه باسناد ضعيف، كما أخرجه الترمذى والحاكم من حديث عائشة بلفظ: ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، وهو ضعيف أيضا، وأما رواية على ـ رضي الله عنه ـ، فان فيها المختار بن نافع وهو منكر الحديث، قاله البخارى، وإذا كان امره كذلك كان ضعيفا **والضعيف لا تقوم به حجة ، وقد نقل ابن حزم عن الظاهرية انكار العمل به(٩١)**، على أن الحديث قد روى بعده روايات أخرى موقوفة. يصحح بعضها بعضا، وهي تعاضد المرفوع وتدل على ان له اصلا في الجملة، وقد قرر صاحب مرقاة المفاتيح على مشكاة المصابيح: ان الامة قد تلقت هذا الحديث بالقبول، حتى قال بعض الفقهاء: إنه متفق عليه، ويقصد: على العمل به، ومن ثم كان له أصل في الجملة، وإذا وقع ذلك فان ما يدل عليه: انه يجب أن تدفع الشبهة التي يجوز وقوعها كدعوى الاكراه، أو ان

---

(٨٨) المغنى لابن قدامة ـ السابق ـ نفس المكان.

(٨٩) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٣٦٣.

(٩٠) المرجع والمكان السابقان.

(٩١) المرجع السابق ـ جـ ٤ ـ ص ٣١.

المرأة قد أتيت وهي نائمة، فيقبل قولها ولا تكلف البينة على ما زعمته، وليس من ضمن ما يدفع بمقتضاه أن يترتب على تطبيقه تعطيل الحدود بدليل ما ورد في رواية على: ولا ينبغي للامام أن يعطل الحدود، قد أتيت وهى نائمة، فيقبل قولها ولا تكلف البينة على ما زعمته، وليس من ضمن ما يدفع بمقتضاه أن يترتب على تطبيقه تعطيل الحدود بدليل ما ورد في رواية عى: ولا ينبغي للامام أن يعطل الحدود، وهي من تمامه، ومن ثم فانه لايرقى لان يدفع المسئولية عن القاذف بالتعريض اقتضاء تقيده بالشبهة التي يجوز وقوعها، وعدم تعطيل الحدود كما جاء في تمام رواية على[٩٢].

**الثالث**: أن ما قرروه من أن التعريض بالقذف أمره خفيف الاذى فلايوجب الحد، مردود بالواقع، فالتعريض بالقذف قد يكون أشد إيلاما ونيلا من شرف المقذوف من التصريح، كما أن قياس التعريض بالقذف على التعريض بالخطبة في الجواز قياس مع الفارق، لان التعريض بالخطبة مشروع في الجملة، وأما القذف فانه محرم عن الاباحة تصريحا وتعريضا فافترقا، وقولهم: إن التعريض بالقذف، يعتبر قذفا محتملا مردود بأن الضرر الواقع لايقل ايلاما عن القذف الصريح ومن ثم صار أثره مؤكدا لامحتملا، وإذا كان كذلك كان ايجابه للضمان والحد امرا مؤكدا.

### ٩١ ـ مناقشة ادلة القول الثاني:

وأما أدلة القول الثاني فان ما يمكن أن تناقش به، ما أخذ على أثر عثمان ـ رضي الله عنه ـ من أن الدار قطني قد أخرجه من طريق خالد بن أيوب عن معاوية بن قره، وان اسناده واه لذلك. وما ذكره العلامة الألباني: من أنه اثر ضعيف.

أقول: لعل في حديث عمر ـ رضي الله عنه ـ ما يجبر ضعفه ويعضد حكمه، ففي دلالته على الحكم ما يكفي.

### ٩٢ ـ الرأى الراجح في نظرنا:

وعلى ضوء النظر في أدلة كل قول يترجح لدينا القول الثاني للاعتبارات السابقة، ولان العمل به يتواءم مع ما تهدف اليه الشريعة الاسلامية من حفظ الاعراض والحرص على عدم النيل من شرف الانسان وكرامته.

---

(٩٢) في هذا المعنى: المرجع والمكان السابقان.

**٩٣ ــ القذف الموجه إلى جماعة:**

ومن المسائل التي تتصل بشرط أن يكون الضرر شخصيا، ما إذا كان المجنى عليه في جريمة التعدى على الشرف والاعتبار جماعة، وذلك كما في حالة قذف الجماعة، فهل يكـون الضرر في تلك الحـالة شخصيا يستوجب المسئولية والعقاب؟، اتفقت كلمة الفقهاء على أن القذف الموجه للجماعة يستوجب العقاب، ولكنهم اختلفوا، هل يتكرر الحد بتكرر عدد الجماعة أم يجزىء فيه حد واحد، ذلك بعد اتفاقهم على العقاب في الجملة، وذلك على قولين:

**أولهما:** للحنفية والمالكية: وحاصل قولهما أنه إذا قذف شخص جماعة، فانه يحد حدا واحدا، ووافقهم الحنابلة في حالة ما إذا قذف الجماعة بكلمة واحدة وطالبوا جمعا أو طالب واحد منهم، فان قذف الجماعة بكلمات فإن لكل واحد حدا(٩٣).

**وثانيهما:** للشافعية وزفر من الحنفية، وحاصل قولهما: إنه إذا قذف شخص جماعة فانه يجب لكل واحد منهم حد، سواء كان القذف لكل واحد منهم على انفراد أم بكلمة واحدة(٩٤)، ولكل قول أدلته:

**٩٤ ــ أدلة القول الاول:**

استدل أصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه من الكتاب والسنة والمعقول:

**أما الكتاب:**

فيقول الله تعالى: والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلد وهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون(٩٥).

**٩٥ ــ ووجه الدلالة في هذا القول الكريم:**

ان الله تبارك وتعالى قد أمر بجلد من يرمى المحصنات ثمانين جلدة، وقد قرر الفقهاء أن اضافة الحكم إلى أمر مشتق يدل على عليّه ما منه الاشتقاق، فعلة الجلد في الاية

---

(٩٣) المبسوط للسرخسي ـ جـ ٩ ـ ص ١١١، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٤٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٢٧، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣٣، وبداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٣٣.

(٩٤) المهذب ـ للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٢٧٥.

(٩٥) سورة النور ـ آية ٤.

الكريمة، هي الرمي وقد جاء الرمي مطلقا لم يفرق بين رمي الواحد او الجماعة، فيجب حد واحد في الحالتين، لانه هو المتأكد فيهما.

**ومن السنة النبوية:**

ما روى أن هلال ابن امية قذف امرأته بشريك بن سحماء، فرفع الامر إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -: فلاعن بينهما، ولم يحد هلالا لرميه شريك بن سحماء[٩٦].

**٩٦ ـ ووجه الدلالة في هذا الحديث:**

ان النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحد هلالا لقذفه شريكا، ولو كان الحد يتعدد بتعدد المقذوفين لحده النبي - صلى الله عليه وسلم - لشريك، أما حد امرأته فقد سقط باللعان فعدم اقامة النبي - صلى الله عليه وسلم - الحد على هلال يدل على ان الواجب في رمي الجماعة حد واحد، وقد سقط هنا باللعان[٩٧].

**٩٧ ـ ومن المعقول:**

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا اليه بالمعقول من وجهين:

**الاول:** قالوا: ان القذف جناية توجب حدا، فإذا تكرر كفى حد واحد وذلك كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء[٩٨].

**الثاني:** أن الواقع من الرامي قذف واحد فلم يوجب الا حدا وإذا كان أمره كذلك فلا يجب تكرار الحد بقذف الجماعة.

**٩٨ ـ أدلة القول الثاني:**

وقد استدل أصحاب القول الثاني، لما ذهبوا اليه بالمعقول وذلك من وجهين:

**الأول:** ان قذف الجماعة قد الحق العار بقذف كل واحد منهم، فلزمه لكل واحد

(٩٦) أخرجه أبو يعلى من حديث أنس بن مالك ورجاله ثقاة، كما أخرجه البخارى عن ابن عباس، راجع: سبل السلام للصنعاني - جـ ٤ - ص ١٦، ونصب الراية - جـ ٣ - ص ٣٠٦

(٩٧) المبسوط - للسرخسي - جـ ٩ - ص ١١١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٣٢٧، وبداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٤٣٣.

(٩٨) المبسوط للسرخسي - نفس المكان، بدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ - ص ٤٢، والقوانين الفقهية - ص ٣٥٨.

منهم حد، كما لو افرد كل واحد منهم بالقذف(٩٩).

الثاني: أن القذف من حقوق الأدميين، وحقوق الآدميين لاتتداخل، أى لايجزىء بعضها عن بعض، وذلك كالدين والقصاص، ومن لوازم ذلك أن يتكرر الحد بقذف الجماعة(١٠٠).

**٩٩ ــ الرأى الراجح في نظرنا:**

والرأى الراجح في نظرنا هو القول الاول، وذلك لأمرين:

**أولهما:** وضوح وجه الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية على ماذهب اليه أصحاب هذا القول، فالأمر بالجلد في الآية الكريمة قد انيط إلى مطلق الرمى، والمطلق قطعى الدلالة في الأقل ظنى الدلالة في الاكثر، والحكم لايناط بأمر ظنى فوجب الاقل وهو حد واحد.

**ثانيهما:** أن القذف من حقوق الآدميين، والاصل فيها عدم التداخل، لكنه لم يخلص للآدمى لأن فيه حقا لله تعالى، وهذا ما يجبذ جانب العقاب فيه، ونظرا لانه يغلب فيه جانب العقوبة، والردع بحد واحد فيه كاف، ومن ثم يتعين الاقتصار عليه، والعار الذي لحق كل واحد منهم عار متجزىء بقدر عددهم، فوجب أن يتجزأ لازمه وهو العقاب لذلك. ومن ثم يترجح في نظرنا ما ذهب اليه أصحاب القول الاول لذلك.

---

(٩٩) المذهب للشيرازى - جـ ٢ - ص ٢٧٥.

(١٠٠) المغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢٣٣، وما بعدها.

# الباب الثاني

# تطبيقات الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

١٠٠ ــ والمجالات التي يقع فيها الضرر الأدبي كثيرة ومتعددة بتعدد أنشطة الحياة وسلوكياتها، ومدى الموائمة بين تلك السلوكيات ومايحكمها من تقاليد ونظم، لكن هذه المجالات الكثيرة والمتعددة لاتتأبى عن التأصيل الذي يضع المبادىء العامة لهذه الانواع المتعددة للضرر الادبي، والتي تتعدد بتعدد سلوكيات الحياة وقيمها.

ويمكن ارجاع هذه الأضرار وتأصيلها في أربعة فصول:

**الفصل الاول :** الضرر الادبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده

**الفصل الثاني:** الضرر الادبي الواقع على شرف الانسان وسمعته.

**الفصل الثالث:** الضرر الادبي الواقع على مشاعر الانسان.

**الفصل الرابع:** الضرر الأدبي الناشىء عن مجرد التعدى على حق ثابت للانسان.

# الفصل الأول
# الضرر الأدبي الواقع
# على حق الانسان في سلامة جسده

**وفيه مبحثان:**

**المبحث الأول : الضرر الادبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده في فقه القانون.**

**المبحث الثاني : الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده في الفقه الاسلامي.**

## ( المبحث الأول )
## الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده
## في فقـه القـانون

١٠١ ــ ومن الأضرار الأدبية مايصيب حق الانسـان في سلامـة حياته [١]، أو تكـامله الجسـدى، وذلك بالضرب والجروح التي تحدث به من جراء التعدى عليه، وكذلك أيضا مايحدث به من التلف الذي يصيبه، وما ينجم عن ذلك من ألم، وما قد يعقبه من تشوهات في الوجه أو في الاعضاء أو في الجسم بوجه عام، وهذه الاضرار ابتداء قد تكون ضررا ماديا اذا تمخضت عنه، وذلك كما لو تسببت الاصابة أو الجرح

(١) د. السنهوري ـ المرجع نفسه، د. محمد لبيب شنب ـ موجز في المصادر الغير الادارية للالتزام ـ ص ٢٣ ـ دار النهضة العربية ببيروت سنة ١٩٦٩م، د. محمد كامل مرسي. في الالتزام ـ جـ ٢ فقـرة ٥١، طبعـة ١٩٥٥، د. أنـور سلطان ـ مصـادر الالتزام ـ ص ٥٢٥، طبعة ١٩٦٢م، د. جميل الشرقاوي ـ في النظرية العامة للالتزام ـ ص ٤٨٥، طبعة ١٩٨١م، د. سمير تناغو ـ المبادىء الاساسية في نظرية اللالتزام ـ ص ٢٤٩ ـ طبعة ١٩٧٠م.

في انفاق مال على علاجها، أو اسفرت عن نقص في القدرة على الكسب المادى، هنا يمكن تصنيف الضرر الى ضرر مادى، لكن الضرر اذا وقف عند حد الاصابة دون انفاق أو نقص يؤثر على الكسب المادى يكون ضررا أدبيا[٢]، فالضرر الادبي المتمثل في الالآم الجسدية والنفسية التي عاناها المضرور من جراء الاصابة، لايتضمن الا خسارة بعض القيم غير المالية كالسعادة والتخلص من الآلام والجمال ومتع الحياة، كما يضاف الى ذلك فقد الامكانيات غير الظاهرة لدى المضرور اذا كان طفلا أو شابا[٣] وهو مايتمخض عن المساس بالتكامل الجسدى.

١٠٢ ــ وينبغي عدم الخلط بين المساس بالتكامل الجسدى كضرر أدبي يستأهل التعويض مستقبلا عن غيره من الاضرار، والقدرة على العمل معه، وبين الاجر الذي يستحقه العامل معه والذي ربما يكون الضرر قد انتقص منه، مع أن نقص الاجر لايمثل القيمة الحقيقة للقدرة على العمل بصفة عامة مما يثير سؤالا هو: هل يوضع في الاعتبار عند تعذر التعويض الانتقاص الذي حدث في القدرة على العمل، أم الانتقاص الفعلي الذي لحق بالأجر؟ فقد يصل الانتقاص في القدرة على العمل الى ٥٠٪ بينما لاينخفض الاجر الا في حدود ١٠٪، وقد اتفق الفقه والقضاء على أنه في مجال حوادث العمل، لاينظر في تقدير الضرر في هذه الحالة الى الأجر الذي كان يقبضه المضرور فعلا بعد الحادثة، لان هذا الاجر لايتحدد على أساس قدرة المضرور على العمل بعد الحادثة، لان الاجر قد لاينقص بعد الحادث بنسبة انتقاص القدرة على العمل[٤]، وعلى ذلك فان الاجر الذي يدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض هو ذلك الاجر المعتاد الذي كان المضرور يستطيع الحصول عليه بما بقي لديه من القدرة على العمل بعد الحادثة، وبعبارة أخرى، هو الاجر الذي كان يحصل عليه قبل الحادثة بعد تخفيضه بما يعادل نسبة انتقاص القدرة على العمل، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض الفرنسية: ان هناك بالضرورة تناسبا بين انخفاض القدرة على العمل

---

(٢) في هذا المعنى: د. عبدالرزاق السنهورى ـ المرجع نفسه. د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، فقرة ٤٦٧ وما بعدها ـ مطبعة مصر سنة ١٩٥٤م، د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ فقرة ٢٥.

(٣) د. أحمد شرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥، والمراجع المشار اليها فيه.

(٤) د. أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٧، هامش (٨٧).

والانخفاض المعتاد للاجر[٥].

واذا كان المساس بالتكامل الجسدى لايسبب للمضرور، ضررا ماديا اذا استمر في قبض اجره المعتاد بالرغم من عجزه عن العمل، فانه يسبب له ضررا أدبيا يتمثل فيما فقده من مميزات غير مالية، أن المساس بالتكامل الجسدى يتضمن، فيما يتضمنه اعتداء على المميزات غير المالية التي يخولها هذا التكامل للمضرور، ومعنى ذلك ان الاعتداء على جسم الانسان لا ينتج عنه فقط عجز المضرور عن العمل، ولكن أيضا الانتقاص من الامكانيات التي تخولها له حياته الشخصية وبصفة خاصة الامكانيات الادبية أو فقدها[٦].

**١٠٣ ــ أثر الوفاة في تحديد عناصر الضرر الأدبي:**

وإذا اقتصر الضرر على مجرد اصابة المجنى عليه في جسمه فقد تقدم ان ذلك يمثل ضررا ماديا يشمل تكاليف العلاج، والعجز عن الكسب المدة اللازمة للشفاء، وفوات الفرص المالية التي كان المجنى عليه يستطيع أن ينتهزها في هذه الاثناء لولا الاصابة التي اعجزته، كما تسبب له أيضا اضرارا أدبية تتمثل في الآلام الجسمية والنفسية التي عاناها من وقت الاصابة إلى وقت تمام الشفاء، وكذلك الاخلال بالتكامل الجسدى على نحو ما رأينا، ومتى شفى المصاب وقفت هذه الاضرار جميعا عند الحد الذي بلغته وقت الشفاء، وأمكن عندئذ تقديرها جميعا ووجب أن يشملها التعويض كلها[٧].

ويكون نشوُ هذا الحق في التعويض في ذمة المضرور شخصيا، ثم يؤول من بعده ضمن تركته إلى ورثته، ويقسم بينهم وفقا لقواعد الميراث الشرعي وذلك بقطع النظر عما يمكن أن ينشأ لكل من هؤلاء الورثة من حق في تعويض خاص به عن الضرر الذي يصيبه شخصيا، ومعنى ذلك أنه في هذه الحالة يكون للوارث حقان: حقه الموروث وحقه الخاص الذي نشأ في ذمته مباشرة لتعويض ما أصابه شخصيا من ضرر مرتد[٨].

**١٠٤ ــ التمييز بين الدعوى الوراثية والدعوى الشخصية:**

فإذا ترتب على الفعل الضار ضرر أصلى أصاب المورث، وضرر أصاب ورثته، فان

(٥) نقض مدني فرنسي في ٢٠/٣/١٩١٢، دالوز ١٩١٢-١-٢٣٦١.

(٦) د. أحمد شرف الدين - نفس المرجع - ص ٢٧ وما بعدها.

(٧) د. سليمان مرقس - الوافي - الفعل الضار - ص ١٦٩.

(٨) المرجع السابق - ص ١٧٠.

حقا في التعويض ينشأ مقابل كل واحد من هذين الضررين، الاول: ينشأ في ذمة المضرور الاصلي، ويمكن ان ينتقل إلى ورثته بعد وفاته بعد أن يستوفي دائنو المورث حقوقهم، وما يتبقى من هذا التعويض، يوزع على الورثة بحسب انصبتهم الشرعية، وأما بالنسبة للحق في التعويض عن الضرر المرتد على الوارث، فهو حق شخصي يثبت لكل وارث، بل لكل قريب للمجنى عليه ولو لم يكن وارثا وفقا للمادة ٥/٢٢٢ من التقنين المدني المصري. إذا أصابه ضرر شخص من جراء الضرر الأصلي الذي أصاب المجنى عليه[٩].

وقد أشارت المادة ٢٢٢ مدني مصري في فقرتها الاولى، إلى الدعوى الوراثية، أما الفقرة الثانية من هذه المادة. فانها تعالج الدعوى الشخصية للمطالبة بالتعويض عن الالم الذي أصاب أقارب المجنى عليه من جراء وفاته، والحق في رفع هذه الدعوى الشخصية مقصور على أقارب المجنى عليه إلى الدرجة الثانية، وزوجه ولو لم يكونوا من الورثة[١٠]، كما يلاحظ أنه بينما تعالج المادة ١/٢٢٢، كل انواع الضرر الادبي، فان الفقرة الثانية من هذه المادة، لاتعالج الا نوعا واحدا منه هو الالم المترتب على وفاة المصاب، غير أن هذا الضرر الاخير يتقيد من حيث انتقال التعويض عنه إلى الغير بالقيود التي نصت عليها الفقرة الاولى[١١].

فكأن المطالبة بحق المجنى عليه تكون بمقتضى الدعوى الوراثية اما المطالبة بحق المضرور بطريق الانعكاس فتكون بمقتضى دعوى شخصية[١٢]، الاول يباشرها الوارث بصفته خلفا للمجنى عليه، والثانية: يباشرها بصفته وباسمه الشخصي، فإذا كان القريب وارثا للمضرور فانه يمارس الدعويين بصفتين، الأولى بصفته وارثا، والثانية بصفته الشخصية.

---

(٩) د. أحمد شرف الدين - السابق - ص ٦٠ وما بعدها.

(١٠) في هذا المعنى: محكمة النقض الجنائى في ١٧/ ١/ ١٩٦٩- المجموعة: السنة ٢٠ ص ١٦٨.

(١١) مجموعة الاعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٣٩٢، وانظر تطبيقا لذلك: حكم محكمة النقض الجنائي المصري في ٢٨/ ١١/ ١٩٥٠ - مجلة التشريع والقضاء - ٤ - ١١٣ ص ٩٢٧، تعليق د. سليمان مرقس.

(١٢) د. أحمد شرف الدين - السابق - ص ٦١.

١٠٥ ـ الضرر في كل من الدعويين:

وتتميز كل من الدعوى الوراثية والدعوى الشخصية عن الاخرى من حيث الضرر الذي تهدف إلى تعويضه، فبينما تهدف الدعوى الوراثية إلى تعويض ما أصاب المورث من ضرر قبل وفاته، فان الدعوى الشخصية ترفع للمطالبة بتعويض الضرر الذي لحق الورثة شخصيا تبعا للضرر الذي أصاب مورثهم في جسمه أو في حياته(١٣).

ويترتب على ذلك أنه يتعين على من رفع الدعوى الوراثية أن يثبت الضرر الذي لحق مورثه، أما من يرفع الدعوى الشخصية فيلزمه اثبات ما أصابه هو من ضرر، كذلك على من يباشر الدعوى الوراثية ان يثبت صفته كوارث للمجنى عليه، بينما لايطلب ممن يباشر الدعوى الشخصية ان يثبت تلك الصفة، فيكفي أن يثبت ما أصابه من ضرر. أما بالنسبة للضرر الأدبي، فلا تقبل الدعوى الشخصية في القانون المدني المصري الا من زوج المجنى عليه أو أقاربه إلى الدرجة الثانية في حالة وفاته(١٤).

ولما كان الضرر الذي يصيب المجنى عليه هو ضرر واحد بعكس الضرر الذي يصيب ورثة فانه ضرر يتعدد بقدر عددهم، فانه إذا طالب أحد الورثة بتعويض الضرر الذي أصاب مورثهم وحصل عليه لم يجز لغيره من الورثة أن يعود ويطالب بنفس التعويض، وعلى العكس لايمنع أحد الورثة من المطالبة بتعويض ما أصابه شخصيا من اضرار ان يكون غيره من الورثة قد حصل على تعويض بمقتضى دعوى شخصية رفعها للمطالبة بتعويض ما أصابه شخصيا من أضرار، فالحق المخول لورثة المجنى عليه في المطالبة بتعويض الضرر الذي لحقهم، هو حق بشيىء قابل للتجزئة، أي أنه

---

(١٣) د. السنهوري ـ الوسيط ـ جـ ١ فقرة ٥٧٩ ـ ص ٩٨٦.

(١٤) إذا كان الضرر الادبي الذي أصاب المجني عليه قد لحق به في جسمه فقط دون حياته، فان دائرة الاقارب الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر أدبي بطريق الانعكاس تضيق، لانه كلما كان الضرر الذي حل بالمصاب الاصلي أخف، كان تألم أقاربه لضرره أقل، فإذا تضاءل ذلك الضرر واقتصر على ان يكون ضررا أدبيا فحسب، فالغالب أن لايكون هناك محل لتعويض أقارب المصاب الاصلي عما قد يدعونه من ضرر أصلي مرتد، ومن الصعب ان يتصور تعويضا يعطى عن الضرر الادبي في تلك الحالة لغير الاب والام، الوسيط للسنهورى ـ المكان السابق ـ ص ٨٧١، د. سليمان مرقس ـ المكان السابق ـ ص ١٦٢.

خاص بكل وارث على حدة وبنسبة الضرر الذي لحقه شخصيا[١٥]، ويتم تقدير التعويض فيه على أساس ما وقع من ضرر لابنسبة نصيبه في الارث[١٦].

**١٠٦ ــ آثار اختلاف الضرر في كل من الدعويين:**

ويترتب على اختلاف الضرر في كل من الدعويين عدة نتائج:

**أولها**: ان التعويض الذي حكم به في الدعوى الوراثية يوزع بحسب الانصبة الشرعية لتوزيع التركة، أما التعويض الذي يحكم به في الدعوى الشخصية فان يقدر. طبقا لمقدار الضرر الذي أصاب كل وارث على حده.

**ثانيها**: الاصل أن الحكم الصادر في الدعوى الوراثية فيما يتعلق بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور المباشر لايحتج به في الدعوى الشخصية.

**ثالثها**: لايوزع التعويض المحكوم به في الدعوى الوراثية على الورثة الا بعد أن يستوفى دائنو المجنى عليه (المورث) حقوقهم، اما التعويض الذي يحكم به في الدعوى الشخصية فليس لدائني المورث أى حق عليه لانه ليس من بين عناصر التركة[١٧].

**رابعها**: الصلح الذي أبرمه المضرور قبل وفاته مع المسئول يحتج به على الورثة في الدعوى الوراثية، لان الصلح باعتباره عقد ينتج أثره في مواجهة المتعاقدين وخلفهما العام. ولكن لايحتج بهذا الصلح في الدعوى الشخصية[١٨].

---

(١٥) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣/ ١/ ١٩١٤، المجموعة الرسمية س ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣، ومحكمة الاستئناف الاهلية في ٧/ ٢/ ١٩٢٨، مجلة المحاماة، السنة ٨ رقم ٥٢١ ـ ص ٨٦٦، حيث تقول: إذا دخل بعض الورثة أمام المحكمة الجنائية مدعين بحق مدنى عن قتل مورثهم، وقضت المحكمة لهم بالتعويض جاز لباقى الورثة المطالبة أمام الجهة المختصة بتعويض ما أصابهم شخصيا من الضرر، وفي نفس المعنى: محكمة استئناف مصر في ٥/ ٢/ ١٩٢٧ ـ المحاماة س ٧ رقم ٤٩٨ ص ٧٨٣ حيث تقول: ان التعويض المحكوم به للام نظير وفاة ولدها لا يمنع من التعويض للوالد من الوجهة القانونية، فان لكل منهما شخصية مستقلة يتبعها حق مستقل في المطالبة بالتعويض عما لحقه شخصيا من الضرر.

(١٦) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٦٥، وما بعدها، والاحكام المشار اليها فيه.

(١٧) د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ١٠٤ هامش (٢)، د. سليمان مرقس ـ المسئولية ص ٦٩، د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٦٧.

(١٨) أحمد شرف الدين ـ المرجع والمكان السابقان.

### ١٠٧ - الضرر الأدبي الناتج عن الوفاة:

اذا تطور الضرر الأدبي الناتج عن اصابة المجنى عليه وأدى الى موته، فلاشك في أن الموت أيضا يضع حدا للاضرار الادبية الناشئة عن الالم فتتحدد نهائيا ويستحق عنها التعويض، ولكن أيستوى الامر من حيث حصر عناصر الضرر بين انتهاء الاضرار بسبب شفاء المصاب، وبين انتهائها بموته متأثرا باصابته ؟، وبعبارة أخرى، ألا يعتبر الموت الذي ينشأ عن الاضافة ضررا آخر متميزا عن تلك الاضرار التي سبقته ويجب اضافته الى عناصر الضرر الاخرى المشار اليها عند تقدير قيمة التعويض الذي نشأ الحق فيه في ذمة المصاب؟ أليس ازهاق الروح مساسا بحق المجنى عليه في الحياة وبالتالي يعد ضررا يستوجب التعويض في ذاته وبقطع النظر عن الاضرار الأخرى التي سبقته[١٩].

ويبدو أن الامر من البداهة بحيث لايستحق هذا التساؤل ومع ذلك فقد اختلفت انظار الشراح فيه، وتفرقت أقوالهم، وأساس هذا الاختلاف: أن القول بان الموت غير الطبيعي، وهو مساس بالحق في الحياة يعتبر في ذاته ضررا موجبا التعويض، انما يقتضي وبالضرورة ثبوت الحق في التعويض لشخص المجنى عليه نفسه الذي فقد الحياة ثم انتقاله من بعده ان امكن الى ورثته، أى أنه يقتضي أن يثبت للمجنى عليه الذي يموت متأثرا باصابته حق شخصى في التعويض عن موته متميز عما قد يثبت لورثته من حق آخر في التعويض، عما أصابهم من اضرار بسبب موت مورثهم ولكن متى يثبت هذا الحق للمجنى عليه؟ أقبل موته، وضرر الموت لم يقع بعد[٢٠] أم بعد موته وبالتالي بعد انقضاء شخصيته، وزوال صلاحيته لتعلق الحقوق بها ونشوئها في ذمته؟[٢١] وقف كثير من الشراح عند هذه الصعوبة، وتفرقت بهم السبل الى رأيين.

١٠٨ - **الرأى الاول**: وقد اضطر القائلون به الى التسليم بأن ضرر الموت.

(١٩) د. سليمان مرقس: بحوث وتعليقات على الاحكام في المسئولية المدنية - ص ٢٣٣، الفعل الضار - ص ١٧٠.

(٢٠) راجع: حكم محكمة مصر الابتدائية ١٠/١٢/١٩٢٣م، المحاماة، السنة ٤ رقم ٣٥٢- ص ٤٥٦، وحكم النقض الجنائي المصرى في ٢٥/٣/١٩٤٦ - المحاماة - السنة ٢٧، ملحق جنائي رقم ٧٢- ص ١٢١.

(٢١) د. سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٧١.

لايقابله حق في تعويض وعللوا ذلك: بأن كل نفس ذائقة الموت ان آجلا أو عاجلا، وأنه لامحل اذن لطلب تعويض عن الموت في ذاته، ولاسيما ان الميت لايحس شيئا فضلا عن أن شخصيته تفنى منذ موته وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق[٢٢].

**١٠٩ ــ تقييم هذا الرأي:**

غير أن هذا الرأى رغم ما قد يبدو في أسانيده من أسس منطقية، مردود من عدة وجوه:

**الأول:** ان الموت وان كان حقا على كل انسان، وكان لايستوجب التعويض اذا وقع قضاء قدرا، فمن المؤكد، بل والراجح انه يستوجبه اذا حدث بفعل فاعل، اذ يكون هذا الفعل في الغالب وكما يبدو من ظاهره، قد استعجل الموت وقصر الحياة[٢٣].

**الثاني:** ليس من المستساغ ولا من المقبول مطلقا، القول بأن من يفقد الحياة لايخسر شيئا اذ الواقع أن الحياة هى اغلى مايحرص عليه الانسان لانها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالي وغير المالي كما أن فقدها يعتبر من أعتى المصائب، لانه فوق الالم الجسماني والنفسي الذي يصاحبه، يحرم الانسان كل متعة، ويقضى على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته[٢٤].

**الثالث:** انه وان كان صحيحا ما يقال من أن حق المجنى عليه في تعويض هذه الخسارة العظمى لايمكن تصور نشوبه بعد الموت، فانه يجب ان لايفوتنا أن مصدر هذا الحق انما هو الفعل الضار وان هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة. كما يسبق كل سبب نتيجته، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه لايزال صالحا لتعلق حق التعويض به عن كل الاضرار المحققة التي نشأت من هذا الفعل الضار، والتي تنشأ عنه فيما بعد، ما دامت تعتبر نتيجة مباشرة له، فينشأ الحق في التعويض عن الموت من قبل وفاة المجنى عليه.. وبمجرد وقوع الفعل الضار متى صار من المحقق ان الاصابة

(٢٢) د. محمود مصطفى ـ شرح قانون الاجراءات الجنائية ـ ص ١٥١ ـ طبعة ١٩٥٥م.

(٢٣) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية: انه وان كان الموت حقا على كل الانسان الا ان التعجيل به بفعل الغير عن عمد أو عن خطأ، يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا هوا بلغ الضرر اذ يسلبه اثمن ما يملكه الانسان وهو الحياة، جنائي في ١٤/٣/١٩٦٧م ـ المجموعة الجنائية السنة ١٨ ـ ص ١٤٥.

(٢٤) د. سليمان مرقس ـ المرجع النفسه ـ ص ١٧٢.

ستفضى الى الموت، وهو ينشأ في الحالة التي تقتصر فيها الاصابة على جعل الموت محتمل الوقوع فحسب من الموت الذي يصير فيه الموت محقق الوقوع ولابد أن يصير الموت كذلك قبل وقوعه فعلا، ولو بلحظة واحدة ففي هذه اللحظة ينشأ الحق في التعويض ويكون نشؤوه سابقا على وقوع الموت(٢٥).

والقول بامتناع الحق في التعويض على المجنى عليه الذي يموت عقب الاصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الاصابة، يؤدى الى نتيجة يأباها العقل والقانون: هي جعل ا الجاني الذي يقسوا في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فورا، في مركز يفضل مركز الجاني الذي يقل عنه قسوة واجراما، فيصيب المجنى عليه باذى دون الموت، وفي ذلك تحريض للجناة على أن يجهزوا عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض(٢٦).

١١٠ ــ **الرأى الثاني**: وقد قال به كثير من الشراح، حيث ذهبوا الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشؤ حق له في التعويض عن موته، وبأن هذا الحق ينشأ في ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة، ولو ادى الفعل الضار الى الوفاة فورا، لان الموت مادام قد جاء نتيجة للفعل الضار، فلابد أن يكون السبب قد تقدم المسبب ويكون نشؤ الحق في التعويض سابقا بالتالي على حصول الوفاة(٢٧).

(٢٥) د. احمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٥٣، والمراجع المشار اليها. د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٧٢، وقارن: د. السنهوري ـ الوسيط ـ جـ ١ ص ١٠٤١ هامش (١) حيث يرى ان الضرر قد حاق بالميت عند الموت لاقبله ولا بعده.

(٢٦) نقض مدني مصرى في ١٧/ ٢/ ١٩٦٦، المجموعة ـ السنة ١٧ رقم ٤٧ ـ ص ٣٣٧، وراجع: د. أحمد شرف الدين السابق ـ ص ٥٥، د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٧٣.

(٢٧) من هذا الرأى: مصطفى مرعى ـ السابق ـ فقرة ٣٢٥، و د. عبدالرزاق السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩١٨، هامش (٣) حيث يقول: فإذا كان الضرر الذي أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات في الحال. فهل يجوز للوارث ان يطالب بالتعويض بوصفه خلفا عن المضرور؟ وهل يجوز القول بأن الموت ضرر مادى يصيب الميت؟ لاشك في ذلك، حيث فقد الميت أثمن شيىء مادى يملكه وهي الحياة ولايقال ان كل نفس ذائقة الموت، وأن الموت ضرر لامفر منه وهو قدر محتوم، ذلك أن المضرور لايشكو من الموت في ذاته، بل يشكو من أنه مات موتا غير طبيعي. وهذا ضرر لاشك فيه، ولايقال كيف يضار الميت بالموت، أقبل الموت وهو لم يمت، أم بعد الموت، والميت لايجوز عليه الضرر! ذلك ان الميت=

ذلك أنه من الامر المسلم به ان مصدر الحق في التعويض عن أى ضرر هو الفعل الضار، وهو يتمثل في موضوع الاعتداء الذي أدى إلى وفاة المجنى عليه، وينشأ هذا الحق في التعـويض يوم وقـوع الضرر، ولم يرد في نص المادة ٢٢٢ من التقنين المدني المصري ما يعـالج مسألة نشوء الحق في التعويض عن ضرر الموت، ولكن المادة قد عالجت مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، ولم يرد نص خاص يمنع نشو هذا الحق في حالة ا لموت، وإذا كان من المسلم به أن مصدر الحق في التعويض هو الفعل الضار، وهذا الفعل الضار لابد ان يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت، كما يسبق كل سبب نتيجتـه، وفي هذه اللحـظة يكون المجنى عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه. حسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته، فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته، ويحق لهم بالتالي، مطالب المسئول بجبر الضرر الذي لحق مورثهم من جراء الجروح التي احدثها به، ومن جراء الموت الذي أدت اليه تلك الجروح[٢٨] فالحق في التعويض عن ضرر المـوت ينشأ قبل وفاة المضرور، متى كان هذا الضرر محققا، بان بأت من المؤكد ان الاعتـداء سيفضى إلى موت المجنى عليه، حتى انـه إذا كان المـوت محتمل الوقوع فحسب فان الحق في تعويضه ينشأ من الوقت الذي يصير فيه محقق الوقوع. وهو يصير كذلك قبل وقوعه ولو بلحظة واحدة[٢٩]، وحتى لو قلنا بأن الضرر الذي حاق بالمجنى

---

= قد حاق به الضرر، لا قبل الموت ولا بعد الموت. ولكن عند الموت. وراجع نقض جنائي في ١٤/٣/١٩٤٤ والتعليق عليه من د. سليمان مرقس ـ في بحوث وتعليقات على الاحكام في المسئولية المدنية وغيرها ـ ص ٢٢٤ وما بعدها ـ طبعة سنة ١٩٨٧م د. أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٠، والاحكام المشار اليها فيه.

(٢٨) د. أحمـد شرف الـدين ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٣، وراجع حكم محكمة النقض الجنائى في ١٤/٣/١٩٦٧ سابق الاشارة اليه وهذه المطالبة تكون وفقا لاحكام المسئولية العقدية، إذا كان الضرر قد نشأ من جراء الاخلال بالتزام نشأ عن عقد بين المجنى عليه والمسئول كعقد النقد ـ د. على يونس ـ العقود التجارية ـ ص ٢٩١، ود. اسماعيل غانم ـ المسئوية التعاقدية ـ دروس لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس ـ عام ٧٥/ ٧٦ ـ ص ١٢. وقد تكون المطالبة وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية عن نفس الخطأ إذا اصاب الورثة بضرر مرتد فهنا تستند الدعوى الشخصية إلى قواعد المسئولية.

(٢٩) راجع: حكم محكمة النقض المصرية في ١٢/٥/١٩٦٥ ـ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٦ ـ ص ٥٧٠ رقم ٩٣.

عليه يكون معاصرا للموت، فإن الحق في تعويضه لاينشأ لميت، ولكنه يقوم لانسان حى في طريقة للموت[٣٠].

. . . ويخلص اصحاب هذا الرأى إلى أن القول بثبوت الحق للمجنى عليه في التعويض عن موته يتفق مع الواقع والقانون والعدالة، إذا كان هذا الحق يدخل في ذمة المضرور قبل وفاته. كما يدخل فيها الحق في التعويض المقابل للاضرار المترتبة على الاصابة الجسدية بحيث يجد ورثته هذين الحقين في تركته.

### ١١١ ــ موقف القضاء في كل من فرنسا ومصر:

وقد حصل انقسام كبير بين المحاكم في فرنسا بسبب الاخذ بأى من هذين الرأيين فاخذت بعض المحاكم بالرأى الاخير، وذهبت مع القائلين به، إلى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشؤ حق له في التعويض عن موته، وبأن هذا الحق ينشأ في ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة، ولوادى الفعل الضار إلى الوفاة فورا، لان الموت مادام نتيجة للفعل الضار، فلابد من أن يكون السبب قد تقدم المسبب، ويكون نشؤ الحق في التعويض سابقا بالتالي على حصول الوفاة[٣١] بينما جنحت إلى الاخذ بالرأى الاول غالبية المحاكم [٣٢].

ويبدو أن المحاكم المصرية قد أخذت في اول الامر بهذا الذي استقر عليه رأى غالبية المحاكم الفرنسية، فقضت في حكم لها اصدرته محكمة الاستئناف المختلطة بأن ورثة المجنى عليه ليس لهم بهذه الصفة أى حق في التعويض الذي يلزم به الجاني عن وفاة المجنى عليه، لان هذا التعويض لم يستحق الا بسبب هذه الوفاة ومن ثم لم يدخل قط

(٣٠) د. السنهورى ـ المرجع نفسه ـ ص ٤١ ـ، د. أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٤.

(٣١) د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٧٣ ـ والمراجع المشار اليها فيه، وراجع حكم محكمة استئناف انجيه Angers في ١٢/ ٥/ ١٩٢٩ مشار اليه في: Dalloz; 1929 -1 - 16 وحكم محكمة استئناف أورليان في ٢٥ مازس ١٩٤٩، مشار اليه في د. سليمان مرقس ـ المصدر السابق ـ ص ١٧٤.

(٣٢) حكم محكمة السين الابتدائية في ٩ يناير سنة ١٨٧٩م Sirey, 1881 - 2- 21
وحكم محكمة تولوز في ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢م Sirey, 1905 - 2- 81
وحكم محكمة اميان في ١٠ يولية سنة ١٩٠١م Sirey, 1902 - 2 - 8
وحكم محكمة بيزانسون في أول ديسمبر سنة ١٨٨٠م Dalloz, 1881 - 2 - 65

في ذمة المتوفي[٣٣]، وقضت محكمة مصر الابتدائية: بأن المال الذي تقدره لجنة التعويضات لشخص تعويضا عن موت مورثه، ليس مالا متروكا عن المورث، بل هو تعويض شخصى يعطى للوارث من باب السلوى عما فقده من النفع، ونكب به من الخسارة، وفجع فيه من عز العائل وعونه، فلا يجوز لدائن المورث أن يحجر عليه وفاء لدينه الذي كان له على المورث[٣٤]، وفي حكم آخر قضت بأن مبلغ التعويض الذي تعطيه مصلحة السكك الحديدية إلى ورثة موظف توفي في اصابة اثناء العمل يعتبر مملوكا لهم شخصيا نظيرما نالهم من ضرر أدبي بسبب موته، ولايعتبر تركة تورث عنه يمكن الحجر عليها بسبب دين على المتوفى[٣٥].

١١٢ ـ قد حكمت محكمة النقض المصرية بمقتضى هذا الرأى في حكم لها بتاريخ ١٣/٣/١٩٥٦م ذهبت فيه إلى انه: لايمكن القول بأن المجنى عليه قد لحقه ضرر مادى يورث عنه الا إذا كان قد أصابه هو نفسه ضرر في حق أو مصلحة يمكن أن يترتب عليه تعويض يدخل في ذمته، ويتلقاه عنه ورثته، كأن يكون قد انفق مالا في العلاج أما إذا كان الضرر الذي جعله المدعى بالحق المدني أساسا لدعواه قد نشأ مباشرة عن موت المجني عليه، فان هذا الضرر الأدبي لايمكن ان ينتقل إلى الورثة لعدم قيام الشرط المنصوص عليه في المادة ٢٢٢ من القانون المدنى[٣٦].

---

(٣٣) حكم محكمة الاستئناف المختلط في ٢١/ ١١/ ١٩٣٥، ١١/ ٢/ ١٩١٩م، مشار اليها في د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٧٤ هامش ١٠٧.

(٣٤) حكم محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ١٠/ ١٢/ ١٩٢٢م، مشار اليه بمجلة المحاماة ٤-٤٥٦-٣٥٢.

(٣٥) حكم محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢٠/ ١٠/ ١٩٢٥م، المحاماة ١٦-٣٣٧-١٤١.

(٣٦) نقض جنائي في ١٣ مارس سنة ١٩٥٦م، مجموعة احكام النقض الجنائى ٧-٣٣٠-٩٩، وقارن حكم نفس المحكمة في ١٤ مارس سنة ١٩٤٤م، حيث ذهبت إلى عكس ذلك في القضية رقم ١١ سنة ١٤ قضائية، حين قالت: إذا كانت الجريمة الواقعة لاتتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه. فلوالد المجنى عليه بعد وفاته ان يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذي لحق أبنه من جرائها، لان من حقه بصفته وارثا له، أن يطالب بتعويض الضرر المادى والادبي الذي سببته الجريمة لمورثه على اعتبار ان هذا الضرر يستحيل في النهاية إلى مال يورث عن المضرور. وما دام المجنى عليه قبل وفاته لم ينزل صراحة أو ضمنا عن حقه في التعويض، فلا محل لافتراض هذا النزول، واستنتاجه من وفاته قبل رفع الدعوى عن التعويض ـ مجلة =

ويلاحظ كما يقول الدكتور سليمان مرقس: ان الرأى الذي ذهبت اليه كثرة المحاكم الفرنسية وأحكام المحاكم المصرية يؤدى إلى القول بأن ورثة المجنى عليه لايجدون في تركتـه حقا في التعويض عن موته، وانما يجدون فيها حقه في التعويض عن الاضرار الادبية التي يكون قد تحملها قبل موته[٣٧]، أما الرأى الذي ذهبت اليه قلة من أحكام المحـاكم الفرنسية، وكثرة من الشراح فيؤدى إلى القول بثبوت حق للمجنى عليه في التعويض عن موته، لوجود هذا الحق في ذمته المالية، وبانتقاله إلى ورثته وفقا للقانون الفرنسي في جميع الاحوال، ووفقا للقانون المصرى إذا اعتبر ضرر الموت، ضررا ماديا، أو إذا اعتبر ضررا أدبيا، وكان المجنى عليه قد طالب به أو اتفق عليه قبل وفاته[٣٨].

وقد أخذت المحاكم المصرية منذ أكثر من ثلاثين سنة تتحول إلى هذا الرأى الذي قالت به كثرة الشراح، واقرتها على هذا الاتجاه محكمة النقض المدنية حيث قررت في حكم لها صدر في ١٩٦٦/٢/١٧ مخالفا لما سبق أن قررته دائرتها الجنائية فقالت: إذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير، فان هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة مهما قصرت، كما يسبق كل سبب نتيجته، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال اهلا لكسب الحقوق، ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه، وحسبما يتطور اليه هذا الضرر ويتفاقم، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فان ورثته يتلقونه عنه في تركته، ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر الذي سببه لمورثهم، لامن الجروح التي أحدثها به فحسب، وانما أيضا من الموت الذي أدت اليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها[٣٩]، ولان الفترة التي تفصل بين ثبوت هذا الحق

---

= المحاماة ٢٦ ـ ٢٦٥ ـ ٢١٢، وقد علق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم بقوله: ويظهر بداية من ذلك أن محكمتنا العليا قررت بهذا الحكم اجمالا مبدأ انتقال حق المصاب ولم كان المصاب يطالب بهذا الحق قبل وفاته مادام لم يتنازل عنه صراحة ولا ضمنا. ويلاحظ أن هذا الحكم يتضمن خروجا على المبـدأ الـذي سارت عليـه الاحكام السابقة، راجع: بحوث وتعليقات على الاحكام في المسئولية المدنية وغيرها ـ ص ٢٢٤ ومابعدها طبعة ١٩٨٧م.

(٣٧) د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٧٦.

(٣٨) المرجع والمكان السابقان.

(٣٩) حكم محكمـة النقض المـدني المصريـة في ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض ١٧-٣٣٧-٤٧ ونقض مدني في ٣٠ يناير سنة ١٩٨١ في الطعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤٨ق، ونقض ١٩ مايو سنة ١٩٨٣م في الطعنين رقمي ١٨٨٤، ١٨٦٤ لسنة ١٩٥٢ق. مشار اليهم في د. =

للمجنى عليه - وهو لايثبت له الا في الوقت الذي يصير موته فيه محقق الوقوع - وبين موته، يغلب أن تكون فترة قصيرة يقضيها المجنى عليه في آلام مبرحة وخوف من الموت فانه يندر جدا أن يباشر المجنى عليه هذا الحق، وان يطالب به أو يحصل على حكم به حال حياته فإذا اعتبر ضرر الموت ضررا أدبيا محضا، انقضى الحق في التعويض عنه، بموت المجنى عليه دون أن يطالب به قضاء، أما إذا اعتبر بالعكس من ذلك ضررا ماديا كان الحق في التعويض عنه حقا ماليا عاديا منذ نشوئه أى أنه يولد مباشرة في ذمة الشخص المالية، ويوجد في تركته عند موته، وينتقل معها إلى ورثته، لذلك يكون من المهم تكييف ضرر الموت من حيث اعتباره ضررا أدبيا بحتا أو ضررا ماديا.

### ١١٣ ـ الفقه والقضاء يعتبران الموت ضررا ماديا محققا:

من الواضح ان موت المجنى عليه ينطوى على مساس بحق الحياة، وهذا الحق غير مالي، فيكون ضرر الموت ضررا غير مالي، أو بعبارة اخرى ضررا أدبيا محضا، ولكن هذا الاعتبار سيؤدى الى نتيجة حرجة بالنسبة لورثته، حيث لن يستطيعوا المطالبة بالتعويض الناشىء عن الجناية عليه الا اذا كان المجني عليه قد طالب به قبل موته، وهو لن يفعل ذلك غالبا، ومن ثم يكون ضرر التعويض عن الموت متعذر الوصول الى الورثة.

.. ولكن هذا القول مردود بأن المساس بحق غير مالي لايقتصر أثره بالضرورة على الضرر الأدبي، وانه غالبا ما يتمخض عن ضرر مادى، وذلك كالاعتداء على السلامة اذا سبب عجزا عن الكسب مدة معينة، وحبس الشخص دون حق اذا فوت عليه ذلك الحبس فرصة للكسب المالي، فكون اعتبار الموت اعتداء على حق الحياة وهو ضرر غير مالي لايمكن أن ينفي مايصاحب ذلك من ضرر مالي يرتبط به غالبا(٤٠).

وإذا قيل ان استمرار حياة الشخص وقدرته على العمل واكتساب الحقوق، لو لم يلق منيته بسبب هذا الحادث لايعدو مجرد الاحتمال ولايمكن الجزم به، ومن ثم تكون الخسارة - على فرض اعتبارها خسارة مالية - خسارة احتمالية لاتستوجب التعويض، فان هذا القول مردود بأن الاصابة القاتلة، قد فوتت عليه فرصة الاستمرار في الحياة، والتمتع بالقدرة على العمل المدة المعقولة بالنسبة لمن يكون في مثل سنه وصحته، وبأن

---

= سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ١٧٨ في الهامش.

(٤٠) في هذا المعنى: د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٧٨، وما بعدها.

الحرمان من هذه الفرصة يسبب له خسارة مالية تقدر بنسبة ماكان له من حظ في استمرار الحياة وقدرته على العمل، ومن ثم يكون فقد الحياة بسبب الموت غير الطبيعي ضررا ماديا يستوجب التعويض من الوقت الذي يصير فيه الموت محقق الوقوع، وينتقل الحق في التعويض الى الورثة، ولو وقعت وفاة مورثهم بسبب الجناية قبل أن يطالب المسئول عنها بالتعويض(٤١).

١١٤ ــ وقد انتهت محكمة النقض المصرية الى تقرير هذا المعنى في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦م، وقد جاء فيه: ولئن كان الموت حقا على كل انسان الا أن التعجيل به اذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا اذ يترتب عليه فوق الالام الجسمية التي تصاحبه حرمان المجنى عليه من الحياة، وهي أعلى ما يملكه الانسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره(٤٢)، وقد اضطردت أحكام محكمة النقض المصرية على تكييف ضرر الموت بأنه ضرر مادى محقق ينشأ عنه حق يتلقاه عن المضرور ورثته بعد وفاته(٤٣).

وأود أن اشير الى ان ما انتهى اليه قضاء النقض في هذه المسألة، وما قرره فقهاء القانون بشأنها يتفق مع التوصيف الذي قال به فقهاء الشريعة الاسلامية لوقت ثبوت الدية، حيث ذهب الرأى الرجح في الفقه، الى أن الدية سواء نشأت عن قتل عمد أم خطأ تعتبر من أموال الميت المملوكة له، وانها تنتقل الى ورثته على أساس أنها تعد من ضمن مايملكه، وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية، والراجح من مذهب الشافعية، ورواية عن الامام أحمد(٤٤) وذلك على نحو ما سنرى.

---

(٤١) د. سليمان مرقس ـ المصدر نفسه ـ ص ١٧٩، والسنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ فقرة ٥٦٨.

(٤٢) نقض مدني مصرى في ١٧/٢/١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض ١٧-٣٣٧-٤٧، السابق، والحكم الابتدائي المشار اليه في النقض المدني المصرى بتاريخ ٢٥/٣/١٩٦٥ المجموعة في اعتباره عند تقرير الضرر الذي اصاب المضرور أن المورث كان شابا، في الثانية والثلاثين يرجو لنفسه مستقبلا زاهرا.

(٤٣) نقض مدني في ٧/٣/١٩٧٤م، مجموعة أحكام النقض ٢٥-٦٠-١١ ونقض مدني في ١٩/٥/١٩٨٣ في الطعنين رقمي ١٨٨٤، ١٨٦٤ لسنة ٥٢ق ـ السابق الاشارة اليه.

(٤٤) راجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٦ ـ ص ٧٥٩، ومواهب الجليل ـ للحطاب ـ جـ ٦ ـ ص ٢٥٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٣٤، ونهاية المحتاج ـ جـ ٦ ـ ص ٣، والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ـ ص ٣٢٠ ـ مكتبة الرياض الحديثة.

## ( المبحث الثاني )
## الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده في الفقـــه الإســـلامي

١١٥ ــ وقـد كانت مسألة وقد ثبوت الضرر الادبي في الجناية على النفس محل بحث من فقهاء الشريعة الاسلامية، حيث تكلموا عن الوقت الذي يثبت فيه حق القصاص، كما تكلموا عن الوقت الذي تثبت فيه الدية باعتبارها خلفا عن الواجب في الجناية، أو واجبا أصليا عنها، وينبغي ذكر اقوالهم في كلا الامرين لاستجلاء أرائهم وبيان أدلتهم على ماذهب اليه كل فريق فيهما، ونشير أولا إلى أقوال الفقهاء في وقت ثبوت القصاص، ثم ثنى بذكر اقوالهم في وقت ثبوت الدية. على أن نخصص لكل موضوع فرعا.

### ( الفرع الأول )
### الوقت الذي يثبت فيه القصاص

١١٦ ــ من المقرر شرعا أن القصاص قد يكون في النفس وقد يكون فيما دونها، ويبدو من خلال النظر فيما أورده الفقهاء بخصوص هذه المسألة، أن هناك تفرقة في وقت ثبوت كل من الامرين: القصاص في النفس، والقصاص فيما دون النفس لذلك ينبغى أن نشير إلى أقوال الفقهاء في كل أمر على حدة.

**١١٧ ــ أولا: وقت ثبوت القصاص في الجناية على النفس:**

للفقهاء في مسألة وقت ثبوت القصاص في الجناية على النفس قولان:

**١١٨ ــ أولهما: لابى حنيفة ومالك وفي رواية عند الحنابلة:**

وحاصل قولهم: ان الحق في القصاص والدم يثبت لوارث المقتول ابتداء، وذلك على أساس انهما لايجبا الا بعد زهوق الروح، وفي هذا الوقت لايكون المقتول أهلا للاستحقاق حتى يثبت له القصاص وينتقل إلى ورثته من بعده بطريق الارث، ومن أصحاب هذا الرأى القرافى، حيث يقول: أما القصاص في النفس فانه لايورث، لانه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته، وانما يثبت للوارث ابتداء، لان استحقاقه فرع زهوق

النفس، فلا يقع الا للوارث بعد موت المورث[١]، ولان الموت يسقط اهلية اكتساب الحقوق[٢]، ونظرا لان ثبو هذا الحق يكون للوارث ابتداء، فانه يمارسه عنه نيابة عن المورث بطريق الخلافة، لابطريق الوراثة، أى أن ثبوت هذا الحق يكون ابتداء للوارث على اعتبار أنه خليفة المجنى عليه او نائب عنه[٣].

وقد قالوا تأييدا لرأيهم: ان القصاص يثبت للورثة على سبيل الاستقلال والكمال لانه حق مبتدأ لهم بوفاة القتيل، والمقصود من القصاص في القتل هو التشفي. والميت لايتشفى، فيثبت للورثة ابتداء[٤]

١١٩ ــ **وثانيهما**: للشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب والصاحبين: وحاصل قولهم: ان حق القصاص يثبت للمقتول أصلا وبما أنه بالقتل عجز عن استيفاء حقه فيقوم الورثة مقامه بالارث عنه، ويكون مشتركا بينهم كما يشتركون في ارث المال[٥]، والدية في حكمه لانها بدل عنه[٦]، ومما يدل على أن القصاص حق للمقتول انه لو قال

---

(١) الفروق للقرافي - جـ ٣ - ص ٢٧٩ - طبعة ١٣٤٤هـ، والقواعد لابن رجب - ص ٣٤٢، ونهاية المحتاج - جـ ٧ - ص ٢٧٤ وفيه: وقيل للوارث بالنسب دون السبب، لانه للتشفي والسبب ينقطع بالموت، والاشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٢٨٩ حيث يقول: واختلفوا في القصاص فذكر في الاصل انه يورث ومنهم من جعله للورثة ابتداء، وراجع: التلويح على التوضيح - جـ ٣ - ص ١٨٩ حيث جاء فيه: ولان القصاص يجب ابتداء للورثة، قال أبو حنيفة رحمه الله غير موروث حتى لاينصب بعض الورثة خصما على البقية - وانظر: تكملة فتح القدير - جـ ١٠ - ص ٢٦١.

(٢) السرخسي - المبسوط - جـ ٢٦ - ص ١٥٤، حيث يقول:
الاستحسان ان القصاص للوارث على وجه الخلافة عن المورث لا ابتداء، ولهذا لو انقلب مالا يقضى منه دين المورث وتنفذ وصاياه، فأصل الحق كان ثابتا للمورث، فالخلافة معناها جعل الشخص غيره في عمل وهو يجوز فيه.

(٣) راجع: موسوعة جمال عبدالناصر للفقه الاسلامي - جـ ٦ - ص ١١٨.

(٤) بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٢٤٢، والشرح الصغير - للدردير - جـ ٤ - ص ٣٦٠.

(٥) بدائع الصنائع - نفس المكان السابق، والمهذب - جـ ٢ - ص ١٨٨، ومغنى المحتاج جـ ٤ - ص. ٤، وكشاف القناع - جـ ٧ - ص ٧٤٣.

(٦) المغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٧٣٩، وص ٧٤٤، حيث جاء فيه: ان من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة وإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه، وزوال الزوجية بالموت لايمنع استحقاق القصاص، كما لم يمنع استحقاقه الدية وسائر حقوقه الموروثة.

عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له في سرايتها قصاص ولادية في ظاهر كلام أحمد وسواء عفا عنه بلفظ العفو أو الوصية، وقد حكى ابن قدامة في المغنى: ان ممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والاوزاعى، ونقل عن أصحاب الشافعي: إذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ففيه قولان، احدهما أنه وصية، فيتبنى على الوصية للقاتل: وتخرج في حدود الثلث[٧].

ثم يقول ابن قدامة مستدلا لما يرجحه: ولنا أنه اسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لوا أسقط الشفعة بعد البيع، إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يخرج من الثلث أو لم يخرج[٨]، والقصاص من الحقوق التي تدخل في التركة عند جمهور الفقهاء[٩].

**١٢٠ ــ أدلة القول الأول:**

أستدل أصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه من السنة وآثار الصحابة والمعقول:

**١ ــ دليلهم من السنة:**

بما روى أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين، اما ان يأخذوا العقل أو يقتلوا[١٠].

(٧) المغنى ـ جـ ٧ ـ ص ٧٥٠ وراجع: تكملة فتح القدير ـ جـ ١٠ ـ ص ٢٤٢، والاشباه والنظائر لابن نجيم ـ ص ٢٩٨، ٨٣٤، والتلويح على التوضيح ـ جـ ٣ ـ ص ١٩٠، وقد جاء فيه: وعند ابى يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ القصاص موروث لأن خلفه هو المال موروث اجماعا، والخلف لايخالف حكم الاصل، والام للشافعي ـ جـ ٥ ـ ص ١٠، واسنى المطالب ـ جـ ٤ ـ ص ٣٥، وقد جاء فيه، وهو موروث كالمال فيرثه ورثة القتيل، ونهاية المحتاج ـ جـ ٧ ـ ص ٢٨٣، حيث يقول: والصحيح ثبوته لكل وارث بفرض أو تعصيب بحسب أرثهم المال، والاختيارات الفقهية ـ لابن تيمية ـ ص ٢٩٣ حيث يقول: وولاية القصاص، والعفو عنه ليست عامة لجميع الورثة بل تختص بالعصبة وهو مذهب مالك وورواية عن أحمد. وراجع: المنتقى شرح الموطأ جـ ٧ ـ ص ١٢٥، والخرشي ـ جـ ٨ ـ ص ٢١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٢٧.

(٨) المغنى لابن قدامة ـ نفس المكان السابق.

(٩) الشيخ على الخفيف ـ تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة العاشرة ـ العدد الخامس ـ ص ٦٣. وراجع في هذا المعنى: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٦ ـ ص ٥٣٦ وما بعدها، وحاشية الشبراملسي بحاشية نهاية المحتاج ـ جـ ٧ ـ ص ٢٨٣.

(١٠) اخرجه أبو داود والترمذى ـ راجع نصب الراية ـ جـ ٤ ـ ص ٢٥٠، وأصله في الصحيحين من حديث ابى هريرة بمعناه وقد رواه أبو شريح الخزاعي، راجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٤٦٦.

**١٢١ ـ ووجه الدلالة في هذا الحديث:**

ان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد بين فيه ان أثر الجناية وهو القصاص أو الدية يثبت لاهل القتيل على سبيل التخيير بين الامرين الواردين، وهما القصاص أو الدية، فدل ذلك على ثبوت الحق لهم ابتداء، بدليل تخيير الاهل فيه، ولانه خيرهم بينه وبين الدية والدية تثبت لجميع الورثة بالاتفاق فكذا القصاص[١١].

**١٢٢ ـ مناقشة وجه الاستدلال:**

ويمكن ان يرد على وجه الاستدلال من الحديث امران:

**الاول:** ان تخيير النبي ـ صلى الله عيه وسلم ـ لاهل القتيل لايفيد عدم ثبوت الحق في القصاص للمجنى عليه أولا، مع أن الثابت أن الحق له أصلا، لان الجناية وقعت عليه فيثب له الحق أولا، بدليل انه إذا عفا عن القصاص فانه يسقط، ولو لم يثبت له اولا لما سقط بعفوه[١٢].

**الثاني:** ان موت المجنى عليه لايمنع من ثبوت الحق له إذا وجد سببه حال حياته، كما في صيد شبكـة نشرها حال حياته فوقع فيها الصيد، فانه يعتبر في حكم ملكه، ويكون حكمه حكم تركته[١٣].

**١٢٣ ـ أدلتهم من الأثـــر:**

١ ـ بما رواه زيد بن وهب، أن عمر أتى برجل قتل قتيلا، فجاء ورثة المقتول يقتلوه. فقالت امرأة المقتول، وهى اخت القاتل، قد عفوت عن حقي، فقال عمر: الله أكبر عتق القتيل[١٤].

**١٢٤ ـ وجه الدلالة في هذا الاثر:**

ان عفو المرأة عن حقها في القصاص فرع ثبوته لها، فلو لم يثبت لها اصالة لما صح عفوها عنه، وقد أثر ذلك عن عمر فدل على اعتباره.

---

(١١) حاشية الرملي ـ بهامش اسنى المطالب ـ جـ ٤ ـ ص ٣٥.

(١٢) في هذا المعنى: حاشية ابن عابدين ـ جـ ٦ ـ ص ٥٣٦، وما بعدها، وحاشية الشبراملسى بهامش نهاية المحتاج ـ جـ ٧ ـ ص ٢٨٣.

(١٣) الشيخ على الخفيف ـ المرجع والمكان السابقان.

(١٤) اخرجه عبدالرزاق في مصنفه، راجع: مصنف عبدالرزاق ـ جـ ١٠ ـ ص ١٣.

**١٢٥ ـ رد هذا الاستدلال:**

ويمكن ان يرد على هذا الاستدلال، بأن ثبوت الحق لها انما هو فرع ثبوته عن المورث، ومن ثم لايكون دليلا على ثبوت الحق لها ابتداء، مثلها في ذلك كمن يتصرف في مال بعد أن آل اليه من مورثه.

٢ ـ وبما روى ايضا عن زيد بن وهب قال: وجد رجل عند امرأته رجلا فقتلها، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ فوجد عليها بعض اخوتها فتصدق عليه بنصيبه فأمر عمر ـ رضي الله عنه ـ لسائرهم بالدية[١٥].

**١٢٦ ـ وجه الدلالة في هذا الاثر:**

ان العفو من أحد اخوة المقتولة فرع ثبوت الحق له، والا لما صح عفوه، وقد سبق بيان ذلك في الاثر السابق، كما انه يرد عليه ماورد على سابقه من مناقشة.

**١٢٧ ـ ومن المعقول:**

ان الانسان بالموت تخرب ذمته ومن ثم لايكون أهلا لوجوب الحقوق ولا للتحمل بالالتزامات، ويمكن ان يرد هذا بأن الموت لايترتب عليه خراب الذمة بالكلية، لانها أمر فرضي اعتباري يتصور بقاؤه بعد الموت لسداد الديون، وثبوت بعض الحقوق التي وجدت اسبابها حال حياته.

**١٢٨ ـ أدلة القول الثاني:**

استدل اصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه من السنة والمعقول:

**أما السنـــــة:**

فيما روى أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: من ترك حقا فلورثته[١٦].

---

(١٥) اخرجه البيقهى في سننه، وعبدالرزاق في مصنفه، راجع السنن الكبرى ـ للبيهقي ـ جـ ٨ ـ ص ٥٩، ومصنف عبدالرزاق نفس المكان السابق.

(١٦) رواه البخارى ومسلم عن أبي هريرة عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ انه قال في خطبته: من خلف مالا أو حقا فلورثته ومن خلف كلا أو دينا، فكله إلى ودينه علي، وقد ورد الحديث بروايات عن الطبراني، وفي اسناده سعيد الانصارى وهو متروك، راجع: نصب الراية ـ جـ ٤ ـ ص ٨٥، ونيل الاوطار جـ ٥ ـ ص ٢٣٨، وقد ذكر في الاصطلام لابي المظفر ابن السمعاني ـ منصور بن محمد بن عبدالجبار المتوفي سنة ٤٨٩هـ ـ مخطوط بمعهد المخطوطات التابع لجامعة الدول العربية بالقاهرة ـ اصول فقه شافعي ـ ص ٨٢، وقد أورده السمعاني =

**١٢٩ ـ ووجه الدلالة في هذا الحديث:**

ان النبى صلى الله عليه وسلم قد جعل الحقوق التي يخلفها المورث كالمال الموروث عنه من ناحية انها تثبت له ابتداء، ثم تنتقل بعد موته إلى ورثته، والانتقال بالموت فرع الثبوت للمورث، فلو لم تثبت له ما انتقلت إلى الوارث، ومن الحقوق التي تثبت للمورث القصاص.

**١٣٠ ـ مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:**

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأمرين ذكرهما فقهاء المالكية:

**الأول**: انه خبر غير معروف، وليس له أصل في كتب السنة وإذا كان كذلك لاتقوم به حجة[١٧]، وهذه المناقشة أيضا يمكن ردها بأن الحقوق ذات الطبيعة المالية حكمها حكم المال، وإذا كانت كذلك فانها تنتقل إلى الورثة عملا بحديث النبي ـ صلى الله عليه وسلم :ـ من ترك مالا فلورثته[١٨]، وانتقالها إلى الورثة فرع ثبوتها في ذمة المورث ابتداء

**الثاني**: وعلى فرض ثبوته، فان الحقوق لاتورث على اطلاقها، وانما منها ما يورث، ومنها مالايورث، يقول القرافي: روى عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ انه قال: من مات عن حق فلوارثه، وهذا اللفظ ليس على عمومه، فمن الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنه مالا ينتقل، بل الضابط لما ينتقل اليه. ماكان متعلقا بالاموال أو مايدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف المه، وماكان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهوته لاينتقل إلى الوارث[١٩]، ولما كان القصاص متعلقا بنفس المورث فلاينتقل إلى الوارث

بلفظ: مالا أو حقا، وقد ذكر الكمال ابن الهمام ان لفظ حقا زيادة في الحديث، لم تثب عندهم راجع: فتح القدير ـ جـ ٦ ـ ص ٣١٩.

وقد حققه العلامة الالباني فقال: حديث: من ترك حقا فلورثته. صحيح، وهو من حديث أبى هريرة ـ رضي الله عنه ـ الذي أخرجه البخاري ومسلم وابن ماجة وأحمد عن طريق الزهرى عن ابي سلمة بن عبدالرحمن رضي الله تعالى عنه، راجع: ارواء الغليل ـ جـ ٥ ـ ص ٢٥٨ وما بعدها.

(١٧) شرح الخرشي ـ جـ ٨ ـ ص ١٦٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٧٤، باب احكام الولاء.

(١٨) هذا الحديث اخرجه البخارى ومسلم وغيرهما: راجع: فتح البارى ـ جـ ١٢ ـ ص ٩، وصحيح مسلم بشرح النووى ـ جـ ١١ ـ ص ٦٠، وسنن ابن ماجة ـ جـ ٢ ـ ص ٩١٤.

(١٩) الفروق للقرافي ـ جـ ٣ ـ ص ٢٧٦، والقواعد لابن رجب ص ٣٤١ وما بعدها.

كما يقول القرافى.

١٣١ ـ رد هذه المناقشـــة:

ويمكن رد هذه المناقشة بما ذكره الفقهاء من أن القصاص حق مالى بأعتبار مآله، والشيء قد يأخذ حكم غايتة تغليبا للمآلات، وقد وضع الزركشي ضابطا للحقوق التي تورث حتي يميزهـا عن غيرهـا. حيث قال: الضـابط أن ماكـان تابعا للمال كخيار المجلس، وحق الشفعة، فانه يورث، وكذلك مايرجع للتشفي كالقصاص، لانه يؤول إلى مال وكذا حد القذف، وهذا بخلاف ما يرجع للشهوة والارادة. كخيار من أسلم على أكثر من العدد الشرعي، لا يقوم الوارث مقامه في التعيين، وكذا لو طلق احدى امـرأتية لايعنيهـا ثم مات، وكذا اللعان، إذا قذف الموروث زوجته ثم مات لم يقم الوارث مقامه في اللعان، لانه من توابع النكاح وهو ايضا يرجع إلى الشهوة[٢٠]، وإذا كان القصـاص راجعـا للتشفي كما يقول الزركشي، فانه يورث، ووراثته فرع ثبوته للمورث. الامر الذي يدل على ثبوت الحق له فيه اصالة، ثم ينتقل بطريق الوراثة إلى ورثته.

١٣٢ ـ دليلهم من المعقول:

أن الحق في القصـاص سببـه هو الجناية، والجناية قد وقعت على نفس المقتول، واثمرت نتيجتها حال موته، فيضاف الحق إلى سببه والسبب قد وجد حال الحياة، وهي فترة تصلح لاعتبار تعلق الحق به، فيكون الحق في القصاص على حكم ملكه الثابت، طالما ان الوفاة قد تحققت بسبب الجناية[٢١].

١٣٣ ـ الرأى الراجــح:

ويبدو من خلال النظر في مضمون كل قول، وما ورد بشأنه من أدلة، ان القول الثاني، وهو القائل بأن حق القصاص يثبت للمجني عليه أولا، هو الراجح، ذلك ان أدلة القول الاول، لم يستدل منها على منع ذلك، كما ان ما اتفق عليه الفقهاء من جواز عفو المجنى عليه عن الجناية وما تسرى اليه، يدل ابلغ دلالة على أن الحق حقه، وان كانت اقوال الفقهاء في كلا الرأيين متداخلة بما يعطى للدارس قناعة ان الخلاف اقرب

(٢٠) القواعد ـ للزركشي ـ السابق ـ ص ٨٣، وما بعدها، راجع: حاشية الرملي ـ على اسنى المطالب ـ جـ ٣ ـ ص ٣.

(٢١) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٢٤٨.

إلى الخلاف الشكلي دون الخلاف الموضوعي، لكن ترجيح القول الثاني الذي نميل اليه، يؤدى إلى ثلاث نتائج في غاية الاهمية.

**الاولى**: ان ثبوت حق القصاص للمورث ابتداء يؤدى إلى تقديم ديون المجنى عليه من استحقاق الورثة في حالة البدل وهو الدية، بحيث لاتنتقل الدية إلى الورثة الا بعد سداد الديون، وفقا للمبدأ المعروف: لاتركة بعد السداد الديون.

١٣٥ ـ **الثانيـــــة**: ان مقدار التعويض عن الضرر الادبي في حالة الالم الناتج عن وفاة المضرور يجب بالضرورة، ووفقا لتلك النتيجة ان يتحدد بما حدده الشارع عوضا عن النفس وهو الدية بحيث لايتجاوز مقدار التعويض الواجب عما حدده الله ورسوله، اللهم الا إذا رضيت العاقلة بزيادة الورثة عن طيب نفس، يدل على ذلك ماذكره صاحب سبل السلام في شرح حديث النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ: من قتل له قتيل فاهله بعد مقالتي هذه بين خيرتين، اما ان يأخذوا أو يقتلوا[٢٢]. حيث قال: قال في الهدى النبوى: ان الواجب أحد الشيئين، اما القصاص أو الدية والخيرة في ذلك في اربعة اشياء: العفو مجانا، أو العفو إلى الدية أو القصاص ولا خلاف في تخييره بين هذه الثلاثة، والرابعة: المصالحة على اكثر من الدية، وفيه وجهان:

احداهما: اشهرهما مذهبا، أى للحنابلة جوازه.

الثاني: ليس له العفو على مالا الا الدية أو دونها، وهذا أرجح دليلا[٢٣].

١٣٦ ـ **الثالثـــــة**: ان جهة استحقاق التعويض ستتحدد وفقا لما قررة الشارع في الميراث بحيث يكون توزيع الدية عليهم بحسب استحقاقهم في الارث دون اعتبار لمعيار آخر من صلة القربى أو المودة او الصداقة، وهذا ما جنحت عنه الكثرة من التشريعات الوضعية.

**١٣٧ ـ ثانيا: وقت ثبوت القصاص في الجناية على مادون النفس:**

وإذا كانت مسألة وقت ثبوت القصاص قد اثارت هذا الخلاف بين الفقهاء في وجهات النظر حولها، فان مبعث ذلك طبيعة المسألة، وما تثيره من اثبات حق للمجنى

---

(٢٢) رواه أبو شريح الخزاعى، واخرجه أبو داود والنسائي، وأصله في الصحيحين من حديث ابى هريرة، راجع: سبل السلام ـ جـ ٣ ـ ص ٤٦٦.

(٢٣) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٤٦٧.

عليه في وقت تحقق فيه موته، الامر الذي جعل فريقا من الفقهاء يتساءل، كيف يثبت حق الانسان حال خراب ذمته بالموت وعدم صلاحيتها لتعلق أى حق بها؟ وكان طبيعيا وأساس الخلاف بين الفقهاء في تلك المسألة يبدأ من هذاا لتساؤل ان يكون ثبوت القصاص فيما دون النفس في منأى عن هذا الخلاف، لان المجنى عليه اصالة بعد الجناية على مادون النفس مازال حيا، وبحياته تكون له ذمة عامرة، ومن ثم يكون أهلا لاكتساب الحقوق ومنها حق القصاص فيما اصابه من تعد، ولذلك يقرر الفقهاء ان حق القصاص فيما دون النفس يورث، ولا يسقط بوفاة المجنى عليه، فإذا ثبت له الحق في القصاص ولم يستوفه إلى ان مات انتقل إلى ورثته بطريق الوراثة لابطريق الخلافة، حيث ثبت الحق لمورثهم أولا، وهذا مايظهر مما ذكره الفقهاء في المذاهب المختلفة[٢٤].

ويرى فقهاء الحنابلة بحق، ان حق القصاص في الاطراف لاينتقل إلى الورثة الا إذا طالب به المجنى عليه قبل وفاته، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن موسى، واما إذا لم يطالب به فانه يسقط بموته لعدم المطالبة به[٢٥]، وكذلك الامر من باب اولى إذا كان قد سبق عفوه عن الجناية وما تسرى اليه. فان الورثة بعد عفوه لايملكون ميراث الحق عنه، لانه قد اسقط الحق قبل وفاته[٢٦]، وقد سبق بيان ذلك.

## ( الفرع الثاني )
## الوقت الذي ثبت فيه الديـة

١٣٨ ــ تعتبر الدية من الحقوق المالية التي تجب للمجنى عليه تعويضا عما اصابه من ضرر هو في طبيعته غير مالى اصلا، وهى تطلق على المال الذي يدفع نظير فقد المقتول حق الحياة أو حقه في سلامة جسده، وقيل: ان الدية تطلق على المال الواجب فيما دون النفس ايضا، وإذا كانت الدية بدلا عن الجناية على النفس، فان الارش هو

(٢٤) راجع: تبيين الحقائق - للزيلعي - جـ ٦ - ص ١١٤، واسنى المطالب - جـ ٤ - ص ٣٠، ونهاية المحتاج - جـ ٧ - ص ٢٦٥، والفروق للقرافي - جـ ٧ - ص ٢٧٩، حيث يقول: ولم يخرج عن حقوق الاموال الا صورتان - حسبما يعلم - حد القذف، وقصاص الاطراف والجرح والمنافع في الاعضاء، فانهما ينتقلان للوارث وهما ليسا من الاموال، وذلك لاجل شفاء غليل الوارث بما حدث لمورثه من جراء الجناية عليه.

(٢٥) القواعد لابن رجب - ص ٣٤١ وما بعدها.

(٢٦) المغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٧٥٠.

المال الواجب في الجناية على مادون النفس[٢٧]، وقد اطلق الحنفية الدية على بذل النفس، والارش على المال الواجب فيما دون النفس، والادق هو اطلاق الدية على المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها كما فعل الشافعية[٢٨].

وإذا كانت الدية هى المال المقدر شرعا، في الجناية على النفس، والارش هو المال الواجب المقدر شرعا بالاعتداء على مادون النفس، فان حكومة العدل هى الارش غير المقدر في الشرع بالاعتداء على ما دون النفس، من جرح أو تعطيل وغيرهما، ويترك أمر تقديره للحاكم بمعرفة أهل الخبرة العدول[٢٩].

ومن الواضح ان ارش الاطراف مال يثبت للمجنى عليه بسبب الجناية، فإذا مات المجنى عليه بعد أن ثبت الحق له، فانه يكون مالا موروثا عنه، وينتقل بوفاته إلى ورثته، ووجه الوضوح ان حق الدية قد ثبت للمجنى عليه حال حياته، ومن ثم يكون صالحا لاكتساب هذا الحق المالي بسبب ماحدث له من ضرر بسبب الجناية، ولكن الأمر مختلف بالنسبة لحالة ما إذا تقررت الدية في النفس بعد وفاة المجنى عيه، يستوى في ذلك أن تكون الدية واجبة ابتداء بالجناية، كما لو كان القتل خطأ، أم واجبة بدلا عن القصاص في حالة تعذر استيفائه، أو حصول العفو من ورثة المقتول أو أحدهم، وفي هذه الحالة يثير موت المجنى عليه تساؤلا حاصلة: هل ينتهى حق الدية ـ وقد وجب للمجنى عليه بسبب الجناية ـ بموته، على أساس ان أهليته لاكتساب هذا الحق قد سقطت بوفاته، ومن ثم لايكون له حق فيه، أم يكون هذا الحق باقياله بعد الوفاة وعلى حكم ملكه، ومن ثم تقضى منه ديونه، وتنفذ وصاياه وما بقي بعد ذلك يوزع على ورثته؟ وقد اختلف الفقهاء في الاجابة عن هذا التساؤل إلى قولين:

### ١٣٩ ــ القول الأول: للحنفية والمالكية، وقول في المذهب الشافعي ورواية عن أحمد:

وحاصل قولهم: ان الدية سواء نشأت عن قتل عمد أم خطأ تعتبر من اموال الميت المملوكة له، ومن ثم تكون صالحة لان تسدد ديونه منها، وتنفذ وصاياه، وتقضى منها

---

(٢٧) تكملة فتح القدير ـ جـ ٨ ـ ص ٣٠١، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٦ ـ ص ٥٧٣، اسنى المطالب ـ جـ ٤ ص ٤٧، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٥٣.

(٢٨) د. وهبة الزحيلي ـ الفقه الاسلامي وأدلته ـ جـ ٦ ـ ص ٢٩٨، هامش (٢) دارالفكر.

(٢٩) المرجع والمكان السابقان.

كل حوائجه، وما يحتاجه من تجهيز وكفن، وما يتبقي بعد ذلك يكون لورثته، وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين: يدخل في التركة الدية الواجبة بالقتل الخطأ او بالصلح عن العمد، أو بانقلاب القصاص ما لايعفو الأولياء، فتقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه[٣٠]، وقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: اختلف في دية القتل العمد فقيل: إنها مال من اموال الميت، ولا تدخل الوصايا فيها، وعدم دخول الوصايا لعدم علمه بها حال الموت، وقيل: إنها ليست مالا، وانما هى إذا قبلت مال طرأ على الورثة بعد الموت، وفي القول الثاني هذا نظر، لاقتضائه انه لايقضى بها دين وليس كذلك بل يقضي دينه فالصواب هو الرأى الاول، ويقول ابن قدامة في المغنى: ودية المقتول مورثة عنه كسائر أمواله، الا انه اختلف فيها عن على فروى عنه مثل قول الجماعة، وعنه لايرثها الا عصباته الذين يعقلون عنه، وكان عمر يذهب إلى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - توريث المرأة من دية زوجها، قال سعيد: حدثنا سفيان، حدثنا الزهرى سمع سعيد بن المسيب يقول: كان عمر بن الخطاب يقول: الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا، فقال له الضحاك الكلابي: كتب إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ان اورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم، قال الترمذى: حديث حسن صحيح[٣١]، ثم يقول: روى الامام أحمد بأسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: قضى ان العقل ميراث بين ورثة القتيل على فرائضهم، وبأسناده عن ابن عباس عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: المرأة ترث من مال زوجها وعقله، ويرث هو من مالها وعقلها. مالم يقتل واحد منهما صاحبه، الا أن في اسناده رجلا مجهولا، وقال ابراهيم: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: الدية على الميراث والعقل على العصبة[٣٢].

ثم يقول ابن قدامة: قال أبو ثور: هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه، ولا تنفذ منها وصاياه، وعن أحمد نحو من هذا، وقد ذكر الخرقى فيمن أوصى بثلث ماله لرجل

(٣٠) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٦ - ص ٧٥٩.

(٣١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٢٣٤، وشرح الحطاب - جـ ٦ - ص ٢٥٥، مطابع دار الكتاب اللبناني - وراجع: الاشباه والنظائر للسيوطي - ص ٣٢١، ونهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه - جـ ٦ - ص ٣.

(٣٢) المغنى - جـ ٦ - ص ٣٢٠ - طبعة الرياض.

فقتل واخذت ديته، فللموصى له بالثلث ثلث الدية في احدى الروايتين، والاخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيىء، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان:

**احداهما**: انها تحدث على ملك الميت لانها بدل نفسه، فيكون بدلها له كدية اطرافه، المقطوعة منه في الحياة، ولانه لو اسقطها عن القاتل بعد جرحه اياه كان صحيحا، وليس له اسقاط حق الورثة، ولانها مال موروث فاشبهت سائر امواله.
والاخرى انها تحدث عى ملك الورثة ابتداء، لانها انما تستحق بعد الموت، وبالموت تزول املاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلا للملك وانما يثبت الملك لورثته ابتداء، ولا أعلم خلافا في ان الميت يجهز منها، ان كان قبل تجهيزه، لانه لو لم يكن له شيىء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيرا فأولى أن يجب ذلك في ديته[٣٣].

**١٤٠ ــ القول الثاني: لابن حزم الظاهرى وقول عند الشافعية، ورواية عن أحمد:**

وحاصل قولهم: ان الدية تثبت للورثة ابتداء، ولاتكون ملكاً للميت ولذلك لاتقضي منها ديونه ولا تنفذ وصاياه، يقول ابن حزم في المحلى: لاخلاف بين احد من الامة كلها في ان الدية موروثة على حسب المواريث لمن وجبت له[٣٤]، ولكل قول ادلته.

**أدلة القول الاول:**

استدل أصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه بالسنة والاجماع وأثار الصحابة والمعقول.

**١ ــ أما السنة:**

فبما رواه الامام مالك في الموطأ: ان عمر بن الخطاب نشد الناس بمنى: من كان عنده علم من الدية ان يخبرني، فقام الضحاك ابن سفيان الكلابي، فقال: كتب إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: ان اورث امرأة اشيم الضبابى من دية زوجها اشيم، فقال له عمر بن الخطاب: ادخل الخباء حتى أتيك، فلما نزل عمر ابن

(٣٣) المرجع نفسه ـ ص ٣٢١
(٣٤) المغنى لابن قدامة ـ نفس المكان السابق.

الخطاب، أخبره الضحاك فقضى بذلك، قال ابن شهاب: وكان قتل اشيم خطأ[٣٥].

**١٤١ ــ ووجه الدلالة في هذا الحديث:**

ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد امر بتوريث أمراة اشيم الضبابى من ديته، وكـان كما يقول ابن شهاب قد قتل خطأ، فدل ذلك على ان الدين مملوكة للمورث كماله، بدليل ميراث زوجته منه حسبما أمر النبي - صلى الله عليه وسلم -، فان قيل ان ذلك كان في القتل الخطأ فلايشاركه العمد في حكمه إذا صار موجبه إلى الدية، فان صاحب المنتقى يرد ذلك بقوله: اقتضى ذلك تعلق هذا الحكم بقتل الخطأ الا أن دية العمـد على حكمه، وانها كسائر اموال الميت يرث منها الزوج والزوجة والأخوة للأم وغيرهم، وهذا مروى عن عمر وعلى وشريح والشعبي والنخعي والزهري[٣٦].

ويقول الشافعي: ولا اختلاف بين أحد في ان يرث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت لانها تملك عن الميت، وبهذا نأخذ فنورث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من المال الميت، وإذا مات المجنى عليه، وقد وجبت ديته فمن مات من ورثته بعد موته كانت له حصته من ديته، كما لو جنى عليه رجل في صدر النهار، فمات ومات ابن له من آخر النهار فأخذت دية ابيه في ثلاث سنين، فميراث الابن الذي عاش بعده ساعة قائم في ديته، كما يثبت في دين لو كان لابيه وكذلك امرأته وغيرها ممن يرثه إذا مات[٣٧].

**١٤٢ ــ ٢ - وأمـا الاجمـاع:**

وقد اجمع الفقهاء على أن حق الميت في الدية ثابت في حالة الجناية العمد كما هو ثابت في الخطأ، وحكى ذلك الاجماع: صاحب المنتقى فقال: دية العمد محمولة عند

(٣٥) المحلى لابن حزم - جـ ١٢ - ص ٢٣٦ وما بعدها - المسألة ٢٠٨٣، والاشباه والنظائر للسيوطي - ص ٣٢١.

(٣٦) اخرجه الشافعي برواية سفيان بن عيينة عن الزهرى عن سعيد ابن المسيب، راجع: الام - جـ ٦ - ص ٨٨، والموطأ بهامش المنتقى للباجي - ٧ - ص ١٠٤، وابن ماجة في سننه - جـ ٢ - ص ٨٨٣، وصحيح الترمذى - جـ ٤ - ص ٢٧، حيث قال: حديث حسن صحيح، وراجع في الاستدلال به - المغنى لابن قدامة - جـ ٦ - ص ٣٢٠.

(٣٧) المنتقى للباجي - شرح الموطأ - جـ ٧ - ص ١٠٤.

جميع فقهاء الامصار على ذلك(٣٨)، أى على استحقاق الزوجة ميراثها منها كما جاء في حديث: امرأة اشيم الضبابى، الامر الذي يدل على ثبوتها للمورث ابتداء، كما حكى الاجماع أيضا: الشافعى في الام فقال: لا اختلاف بين أحد في ان يرث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت(٣٩).

فان قيل ان هذا الاجماع منقوض بما ذهب اليه أصحاب القول الثاني، فانه يمكن القول ان مخالفة ماثبت بالاجماع مع سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - يكون مرجوحا، كما أن مخالفة الاجماع لايلزم من وجودها تضعيفه، فربما لم يعلم المخالفون به، ولو علموا به لعدلوا عن قولهم.

**١٤٣ - ٣ - ومن آثار الصحابة:**

ما رواه الدار قطني في سننه ان عليا بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال: الدية تقسم على فرائض الله تعالى فيرث منها كل وارث(٤٠).

وجه الدلالة في هذا الأثر: ان تقسيم الدية على فرائض الله تعالى يدل على أنها ثابتة للمورث ابتداء بدليل انها تورث عنه كما جاء في الأثر.

**١٤٤ - مناقشة الاستدلال بآثار الصحابة:**

وقد نوقش هذا الأثر بما ذكره ابن حزم في المحلى قال: قال أبو الحسن بن اللبان: يشبه أن يكون هذا - أى ما قاله على - قولا كان يقوله فربما رجع عنه(٤١).

**رد هذا المناقشة:**

ومن المؤكد لدينا ان هذه المناقشة مردودة بحديث عمر - رضي الله عنه -، وبالاجماع الذي نقله الينا الشافعي، وهذه أدلة تبعث في النفس الطمأنينة على ماتدل عليه، بحيث لايرقى هذا القول المظنون والذي لايفيد يقينا ان عليا قد عدل عن رأيه إلى معارضيه، فضلا عن الرجحان عليه.

---

(٣٨) الشافعي - الام - جـ ٦ - ص ٨٨ - وما بعدها.

(٣٩) المنتقى للباجي - نفس المكان السابق.

(٤٠) الام - للشافعي - نفس المكان السابق، وقد حكى الاجماع ايضا: ابن حزم في المحلى فقال: لا خلاف بين أحد من الامة كلها في أن الدية موروثة على حسب المواريث لمن وجبت له - المحلى - جـ ١٢ - ص ٢٣٦ - وما بعدها.

(٤١) سنن الدارقطني - جـ ٤ - ص ٧٨ - دار المحاسن للطباعة بالقاهرة.

**١٤٥ ـ ٤ ـ ومن المعقول:**

وقد استدل أصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه من المعقول فقالوا: ان الدية تجب للميت لانها بدل نفسه، ونفسه له، فكذلك بدلها، ولأن له بدل اطرافه في حال حياته، فكذلك بدلها في حال موته، ولهذا تقضى منها ديونه، ويجهز منها، وانما يزول من أملاكه ما استغنى عنه، فاما ما تعلقت به حاجته، فلا، ولانه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت، كمن نصب شبكه فسقط فيها صيد بعد موته، فانه يملك بحيث تقضى منه ديونه، ويجهز فكذلك ديته، لان تنفيذ وصيته من حاجته، فاشبهت قضاء دينه[٤٢].

**١٤٦ ـ أدلة القول الثاني:**

وقد استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالمعقول من وجهين:

**الاول:** ان الدية مال للاهل حدث لهم بعد موت مورثهم، ولم يرثوه قط عنه حيث لم يجب له شيء منه حال حياته، فمن الباطل ان يقضى دينه من مال الورثة الذي لم يملكه هو في حياته وان تنفقذ منه وصيته[٤٣].

**١٤٧ ـ مناقشة الاستدلال بالمعقول من الوجه الاول:**

من المؤكد ان هذا القول فيه مجافاة لسبب الحق الذي تقرر للورثة في الدية، حيث لاينكر احد ان الدية قد ثبتت بسبب الجناية عليه هو في بدنه، وبدنه ملك له، وبدل الملك يثبت لصاحبه أولا، ولاينتقل مال إلى الورثة دون تسلسله من ملك المورث.

**الثاني:** ان المجنى عليه تزول أملاكه الثابتة له بالموت، فكيف يتجدد له ملك في حال زوال الملك عنه، ان في هذا جمعا بين النقيضين لايصح، حيث لايجتمع زوال الملك وتجدده في آن واحد[٤٤].

**١٤٨ ـ مناقشة الاستدلال بالمعقول من الوجه الثاني:**

ويمكن أن يناقش ذلك: بأن ملكه في الدية لم يتجدد له، بل هو ثابت له بحكم اضافته إلى سببه وهو الجناية عليه، ومن ثم يكون داخلا ضمن املاكه الثابتة له حال حياته، ومن ثم لايكون هناك جمع بين النقيضين، فلايكون غير صحيح.

(٤٢) المحلى لابن حزم ـ المكان السابق مسألة ٢٠٨٣، والمنتقى شرح الموطأ ـ جـ ٧ ـ ص ١٠٤.
(٤٣) المغنى لابن قدامه ـ السابق ـ جـ ١٢ ـ ص ٢٦٣.
(٤٤) المغنى لابن قدامة ـ السابق ـ جـ ٦ ـ ص ٢٤١.

**١٤٩ ــ الرأى الراجح في نظرنا:**

ومن خلال النظر في أدلة كل قوما وما ورد عليها من مناقشات يترجح لدينا ما ذهب اليه أصحاب القول الاول، الذين يقررون أن الدية مال مملوك للميت، تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، ثم يؤول بعد ذلك إلى الورثة، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من ورود الاعتراضات التى تقلل من الطمأنينة اليها، ولهذا فانني ارجح هذا القول.

**١٥٠ ــ موازنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي:**

يفرق فقهاء القانون بين الضرر الادبي الذي يمس الانسان في تكامل حياته أو حقه في سلامة جسدة قبل الوفاة، والضرر الادبي الناتج عنها، ويجعلون التعويض عن الضرر الاول حقا ثابتا للمجني عليه، لانه باق وذمته صالحة لاكتساب الحقوق ومنها حق في التعويض عما اصابه من ضرر، ولكن تقدير هذا الضرر الادبي يعد مع ما أصاب المجني عليه من اضرار أخرى كتكاليف العلاج وتوقف دخله من جراء تقاعده عن العمل بسبب الاصابة، وحدة متكاملة حيث يجيء التعويض شاملا للجانبين المادى والأدبي، ولو مات المجنى عليه بعد ثبوت هذا الحق في ذمته ينتقل إلى ورثته، كما دخل ذمة مورثهم، وانتقل اليهم بعد وفاته[٤٥].

وبعد الوفاة، يعتبر القانون الموت سببا في نشؤ ضرر أدبي لغير المجنى عليه ممن يصيبهم هذا الضرر بحزن والم شديدين لفقده، أو بخسارة مادية تلم بهم من جراء الوفاة مبعثها ان المجنى عليه الذي مات، كان ينفق عليهم ومن ثم فان نطاق الحق في التعويض بعد الوفاة تتسع دائرته لتشمل الورثة بمفهومهم المحدد شرعا، كما تشمل معهم كل من أصابه ضرر أدبي سببته الوفاة، وإذا كان للورثة ان يطالبوا بحقهم في التعويض عما اصابهم من ضرر أدبي باعتبارهم ورثة له، فأن لغيرهم من المضرورين ادبيا بوفاته ان يطالبوا بحقهم في تعويض ما ألم بهم من ضرر، لكن طريقهم في الحصول على هذا التعويض، لن يكون بطريق دعوى الوراثة لان شروطها لاتتوافر فيهم، وانما سيكون من خلال الدعوى الشخصية التي بها يتمكن كل مضرور من غير ورثة المجنى عليه أن يطالب بحقه عن الضرر الذي أصابه بسبب الوفاة.

ونظرا لان حق المجنى عليه في التعويض يستلزم حتى يكون صالحا للانتقال: ان

(٤٥) د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ السابق ـ ص ١٦٩.

يثبت في ذمة المجنى عليه أولا بناء على مطالبته به قبل وفاته وفقا لما يقضى به القانون، ولما كانت مطالبة المجنى عليه الذي توفي بحقه في التعويض غير ممكنة عملا فقد استقر رأي الفقه والقضاء على اعتبار أن ضرر الموت ضرر مادى، يفترض ثبوته في ذمة المورث قبل الوفاة، حتى يتمكن الورثة من الوصول اليه، وهذا التصوير الذي انتهى اليه فقه القانون بعد تطورهو الذي انتهجه الفقه الاسلامي من خلال ما قرره الفقهاء بخصوص الوقت الذي يثبت فيه الحق للورثة في استيفاء القصاص أو استحقاق الدية في النفس والأطراف، حيث تنتقل اليهم بالوراثة عنه على أساس انها من ضمن مايملك، وأنها تنتقل إلى الورثة بناء على ذلك، ومن ثم تتسم نظرة الفقه الاسلامي بالواقعية، وعلاج مسائل الضمان بطريق مباشر يضمن وصول الحق إلى من يستحقه.

.. وما يتسم به موقف الفقه الاسلامي، ذلك التحديد المنضبط لنطاق الحق في التعويض، حيث يقتصر فيه على الورثة الشرعيين فقط دون سواهم. وفي نظرنا ان ادخال غيرهم في حق المطالبة بالتعويض لايقوم على سند قوى أو سبب مقنع، فلئن كان المجنى عليه يتبرع بالانفاق على غير وارث، فان ذلك الامر لايعني بالنسبة للمضرور ان يثبت له حق في المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه، لان التصرفات التي تقوم على معنى التبرع تنتهى بموت المتبرع مالم يكن قد أوصى بها قبل وفاته، حتى تستمر بعدها، ومن ثم لايقوم الحق في التعويض على سند مقنع، والمضرورون أدبيا ممن أصابهم الحزن من غير الورثة، لايقوم حقهم في التعويض على معيار منضبط لان المشاعر النفسية لاتصلح أساسا يتخذ معيارا للتعويض عنها لانها نسبية وغير منضبطة، وتتوقف بموت المجنى عليه، ومن المؤكد ان نسبة الحق في التعويض للورثة مبنى على سبب قوى معتبر يقوم على روابط الدم والنسب، والقرابة معيارها منضبط ومن ثم صلح ان يكون أساسا للاستحقاق، حيث يغلب مع وجود القرابة صدق مشاعر الحزن على موت المجنى عليه من الضرر الحقيقي الذي أصابهم بموته، الامر الذي يعكس انضباط اتجاه الفقه الاسلامي وقوة سنده في هذا الموضوع.

# الفصل الثاني
# الضرر الأدبي الواقع
# على شرف الانسان وسمعته

وفيـــه مبحثـــان

المبحث الأول: الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته في فقه القانون.
المبحث الثاني: الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته في الفقه الاسلامي.

## (المبحث الأول)
## الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته
## في فقه القانـــــون

١٥١ ــ ومن أنواع الضرر الأدبي ما يمس الشرف، ويصيب الانسان في اعتباره وعرضه، وذلك قد يحصل من جراء سلوكيات خاطئة كثيرة منها: القذف والسبب[١] وهتـك العـرض، وايذاء السمعة بالتقولات والتخرصات، والاعتداء على الكرامة، حيث تمثل كل تلك الاعمال اضراراً أدبية تضـر بسمعة المضـرور وتـؤذى شـرفه واعتباره بين الناس[٢].

(١) يعرف القذف في فقه القانون بأنه: اسناد عمدى علنى لواقعة محددة، تستوجب عقاب أو احتقار من اسندت اليه، د. حسنين ابراهيم صالح ـ جرائم الاعتداء على الاشخاص ـ ص ١٩٩، د. محمود نجيب حسني ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ ص ٥٠٥.
وكما يعـرف بأنه : خدش شرف شخص واعتباره عمدا دون أن يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة اليه. راجع: د. محمود نجيب حسني ـ المرجع السابق ـ ص ٦٤١، وقد عرفته محكمة النقض بقولها: السب في أصل اللغة: الشتم سواء باسناد اللفظ الصريح الدال عليه، أو باستعمال المعاريض التي تومىء اليه، وهو المعنى الملحوظ في اصطلاح القانون الذي اعتبر السب كل الصاق لعيب أو تعبير يحط من قدر الشخص نفسه أو يخدش سمعته لدى غيره. نقض ٦/ ١٠/ ١٩٦٩، مجموعة احكام النقض س ٢٠ رقم ١٩٧ ص ١٠١٤.

(٢) ومن تطبيقات هذا النوع من الضرر ان يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير، من ذلك =

وقد عولجت فكرة الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان واعتباره في ظل ما ظهر في الفقه الحديث من حق الانسان في سمعة طيبة يحرص عليها وتتحدد معالم مكانته الادبية في مجتمعه من خلالها، وفكرة الحق في السمعة ليست وليدة اليوم، ولكنها قديمة قدم ما تواضع عليه المجتمع من تجريم كل عمل ينطوى على اخلال بشرف الانسان واعتباره، ولكن المعالجة الفقهية للضرر الادبي في ظل تلك النظرة كانت محكومة بضوابط التجريم والعقاب دون نظر إلى الغاية المرجوة منه، ومن المعروف أن النيل من سمعة الانسان هو المحصلة النهائية من التعدى على شرفه واعتباره بالقذف أو السب.

ومن المعروف ان الانسان العادى يحرص بحكم الفطرة على سلامة سمعته حرصه على حريته الشخصية، أو حرصه على أثمن شيىء مادى يملكه في الوجود[٣]، مما يجعل هذا الحق حريا بالمحافظة عليه وضمان أى ضرر ينال منه.

**١٥٢ ـ أهمية الحق في السمعة:**

وقد تزايدت أهمية الاعتراف بوجود الحق في السمعة في وقتنا الحديث على أثر تزايد الاعتداءات على سمعة الاخرين وتعدد صورها ووسائلها، ولقد كان لتقدم فن الطباعة وغيرها من وسائل الاعلام أكبر الاثر في الكشف عن ضرورة تقييد حرية القول والتعبير والاعلام بالقدر اللازم لحماية سمعة الافراد والعائلات من الطعن والتجريح اذ لجأت بعض الصحف والمجلات المثيرة في سبيل زيادة نسبة ارباحها وسعة انتشارها إلى اثارة الفضائح المفتعلة، واستخدام اسلوب العنف والطعن والتجريح، أو الاهانة والسخرية والتشهير فيما تنشره من أخبار أو آراء او تعليقات بحجة اشباع شوق الجماهير إلى معرفة كل جديد ومثير وطريف مما يجرى في المجتمع من أمور، وقد انعكس أثر ذلك على دعاوى المسئولية المدنية والتعويض، حيث شهدت السنوات القليلة الماضية تزايدا ملحوظا في عدد دعاوى المسئولية عن الاضرار التي تسببها الاعتداءات على السمعة او

= ما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية بتاريخ ١٩٤٩/٣/١٤: من ان الامراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة، فاذا عتها في محافل عامة، وعلى جمهرة المستمعين يسيىء إلى المرض اذا ذكرت اسماؤهم، وبالاخص بالنسبة للفتيات، لانه يضع العراقيل في طريق حياتهن، ويعكر صفو آمالهن، وهذا خطأ يستوجب التعويض، المحاماة ٢٩-١١٧-٢٠٢.

(٣) د. محمد ناجى ياقوت ـ فكرة الحق في السمعة ـ ص ١ ـ منشأة المعارف بالاسكندرية ـ الطبعة الاولى ١٩٨٥م.

الشرف أو الاعتبار، وعرضت نسبة كبيرة من هذه المنازعات على القضاء المستعجل، كوسيلة لتجنب الفضائح، ومنع تفاقم هـذه الاضـرار او استمرارهـا بالنسـبة للمستقـبل(٤).

١٥٣ ـ تعريف الحق في السمعـة:

والسمعة لغة: من التسامع، وهو ما يسمعه الناس عن الشخص مما يقال أو يكتب عنه، ومنه: سمع به تسميعا، أى شهر به، وفي الحديث من فعل كذا سمع الله به(٥)، أى هتك ستره وفضح أمره.

وفي اصطلاح الفقه، أثار تعريف الحق في السمعة كثيرا من الصعوبات، وفي هذا الصـدد يمكن التمييز بين طائفتـين من التعـريفات تضم كل طائفة منها بين دفتيها اتجاهين متقابلين، اما الطائفة الاولى فانها تتردد في تعريفها لحق السمعة بين مد لولين: احدهما شخصي، والثاني موضوعي، بينما تدور الطائفة الثانية بين التوسع أو التضييق في نطاق هذا الحق(٦)، ووفقا للمدلول الشخصي يعرف الحق في السمعة، أو ما يشار اليه احيانـا باسم الحق في الشرف، أو الحق في الشرف والاعتبار، بأنه: شعور كل شخص بكرامته الشخصية، واحساسه بانه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحتراما متفقين مع هذا الشعور، فهو عاطفة مركوزة في صميم الشخص تخلع عليه احترامه لنفسه عن طريق شعوره بأداء واجبه، أو هو شعور ذاتي بالكرامة الشخصية يتضمن معنى الرغبة في الحصول على احترام الغير(٧).

ووفقـا للمعيار المـوضوعي، يعرف الحق في السمعة بأنه: المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع، وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة، أى أن يعطى الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية(٨).

---

(٤) المرجع السابق ـ ص ٤.

(٥) مختار الصحاح ـ ص ٣١٤، وراجع: لسان العرب ـ جـ ٨ ـ ص ١٦٢.

(٦) د. محمد ناجي ياقوت ـ السابق ـ ص ١٨.

(٧) المرجع والمكان السابقان. وراجع: د. عبدالحى حجازى ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ ص ٤١ حيث يعرفه بأنه: مجموع القيم المعنوية التي يخلعها الشخص على نفسه.

(٨) د. محمود نجيب حسنى ـ قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ ص ٤٩٧ ـ طبعة ١٩٧٨م، د. عبدالحى حجازى ـ المرجع نفسه، حيث يعرفه بأنه: تقدير الناس للشخص، أو هو الذمة المعنوية، المشتقة من تقدير الناس، وهو بمعنى أعم السمعة.

كما يعرف الحق في السمعة من ناحية تردده بين مفهومين احدهما: مضيق والثاني موسع، وتقوم التفرقة بينهما - كما يتضح من اسميهما - على اساس الاختلاف في تحديد نطاق هذا الحق تضييقا أو اتساعا، ووفقا للمفهوم الضيق، يعرف الحق في السمعة بأنه: حق الشخص في الاتذاع عنه أمور من شأنها ان تدعو إلى كراهيته واحتقاره أو الهزء به في نظر الآخرين، أو تسبب نفورهم منه(٩).

ووفقا للمفهوم الموسع يعرف الحق في السمعة بأنه: حق الشخص في الاتذاع عنه أمور من شأنها ان تدعو إلى انقاص ما يتمتع به في نظر الآخرين من تقدير واحترام وحسن ظن أو ثقة أو تثير ضده مشاعر أو آراء معادية مخجلة أو مشينة أو غير مرضية، ويبدو من هذا التعريف ان مفهوم الحق في السمعة لايقتصر على مجرد منع تعريض صاحبه للكراهية والاحتقار أو السخرية والنفور فحسب، بل يمتد ليشمل مع ذلك كله امورا أخرى كثيرة مثل عدم جواز تعريض الشخص لآراء، أو مشاعر أو نظرات من الغير تتضمن معنى الشفقة به أو الرثاء له أو العطف عليه(١٠).

**١٥٤ ــ اتجاه التشريع المصرى والقضاء:**

ويظهر من استقراء نصوص التشريع المصرى أنه قد جنح إلى الاتجاه الموسع كما أن أحكام القضاء هى الاخرى جاءت تأكيدا لهذا الاتجاه.

يدرك ذلك من يطالع ما تنص عليه المادة **٣٦** من القانون رقم **٣٥٤** لسنة **١٩٥٤** الواردة في حماية حق المؤلف، حيث أن هذه المادة تتكلم عن الشرف والاعتبار والسمعة أو الوقار بما يدل على ان المشرع قد اختار تعريف هذا الحق بمفهوم واسع، يشمل الحفاظ على وقار الشخص، فضلا عن كرامته وشرفه واعتباره. ومن الواضح ان للوقار مدلولا أوسع بكثير من مدلول الكرامة والشرف والاعتبار وفي هذا الاطار يجيىء نص المادة **٣٠٢** من تقنين العقوبات المصرى، فان عبارة تلك المادة تستقيم هى الاخرى مع الاتجاه الموسع لتعريف الحق في السمعة فهي لم تكتف بتحريم القذف في حالة اسناد واقعة مستوجبة للاحتقار بل جرمت القذف حتى في حالة اسناد واقعة تستوجب عقاب المسند اليه ولو لم تكن تستوجب احتقاره.

**(٩) د. محمد ناجى ياقوت - السابق - ص ٢٠**

**(١٠) المرجع والمكان السابقان.**

وقد ورد في المذكرة الايضاحية لنص المادة ٥٠ من التقنين المدني التي تتكلم عن حماية السمعة الادبية للشخص ما يستقيم بوضوح مع هذا الاتجاه، حيث انها وهي تتكلم عن حماية السمعة الادبية للشخص، قد عدلت عن تعبير الشرف والاعتبار إلى تعبير السمعة الأدبية[١١].

١٥٥ ــ واتجاه القضاء المصرى يسير في هذا الاتجاه، حيث يتوسع في نطاق الحق في صون السمعة، وقد جاءت احكام كثيرة تقضى بتوافر المسئولية الجنائية عن المساس بالسمعة في حالات لايوجد فيها اعتداء على الشرف والاعتبار بالمعنى الضيق للكلمة[١٢] وذلك كما في حالة نسبة الجنون أو التشوهات والعاهات البدنية الطبيعية مثل العمى والعور والعرج، أو القول عن المدعى أنه قبيح الوجه أو عاجز جنسيا[١٣]، أو أنه مريض بمرض وراثي أو خطير، حتى ولو كان غير قابل للانتقال بالعدى[١٤]، أو إذاعة ان محاميا قد اعتدى عليه بالضرب في مكتبه[١٥]، أو في حالة اقتفاء أثر احدى السيدات في الطريق، أو توجيه عبارات الغزل اليها في مكان عام[١٦]، أو تمنى الشر للمدعى، كما لو قال: فليسقط المدير، أو يمت المدير، حيث ينطوى ذلك التمني على معنى الاهانة[١٧]، وهكذا يتضح أن اتجاه القضاء المصرى ينحو منحى التوسع في معنى الحق في السمعة على النحو الذي يتجه اليه التشريع.

وعلى ضوء اتجاه التشريع والقضاء في مصر، ظهرت محاولات لتعريف الحق في السمعة روعي فيها التأكيد على أهمية المدلول الموضوعي لهذا الحق، فضلا عن الاشارة إلى الاخذ بالاتجاه الموسع لنطاقة، حيث يعرف الحق في صون السمعة بأنه: هو الحق في تكامل الذمة المعنوية المستمدة مما يتمتع به الشخص من تقدير في نظر الآخرين، وما يتفرع عن ذلك من حق في أن يعطى الشخص الاحترام الذي تقتضيه مكانته

---

(١١) المرجع السابق ـ ص ٢٤، وما بعدها، وراجع: د. عبدالحى حجازى ـ المرجع والمكان السابقان، د. حمدى عبدالرحمن ـ فكرة الحق ـ ص ٦٢ ـ دار الفكر العربي.

(١٢) د. محمد ناجى ياقوت ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٥.

(١٣) د. محمود نجيب حسنى ـ السابق ـ ص ٢٤٦.

(١٤) حكم محكمة مصدر الكلية الوطنية بتاريخ ١٤/ ٣/ ١٩٤٩م ـ السابق الاشارة اليه.

(١٥) نقض مصرى في ١٦/ ١/ ١٩٦٢م، س ١٣ ق ١٣ـ ص ٤٧.

(١٦) نقض مصرى في ١٦/ ١/ ١٩٥٣م، س ٤، ق ٣٥٥، ص ٩٩٦.

(١٧) نقض مصرى في ١٤/ ١٠/ ١٩٤٧م، جـ ٧ ـ ق ٣٩٤، ص ٣٧٦

الاجتماعية والا يتعامل على نحو يحط بهذه المكانة، او يسبب هزء الآخرين به او اعراضهم عن التعامل معه، او انقاص ثقتهم فيه[١٨].

١٥٦ ـ عناصر الحق في السمعة:

وسمعة الانسان تعتبر قيمة مركبة، تتعدد عناصرها بتعدد جدارة الشخص بالاحترام، كما انها ترتهن غالبا بالعديد من الصفات التي تحدد الامكانيات التي تؤهل صاحبها للتمتع بهذا الاحترام، ويمكن التمييز بين مجموعتين من هذه الصفات، تضم احداهما كافة الصفات الفطرية التي تنبع عن الشرف أو الكرامة الآدمية، والتي تحدد صلاحية الفرد لاداء واجباته العامة كانسان، وتتضمن المجموعة الثانية كافة الصفات المكتسبة التي ترتبط بالاعتبار الاجتماعي، أو المنزلة الاجتماعية، والتي تحدد صلاحية الشخص لاداء واجباته الخاصة التي تفرضها عليه علاقاته بالآخرين، ومن ثم تتحدد عناصر الحق في السمعة في جانبين[١٩]:

١٥٧ ـ أولهما: الجانب الموضوعي أو الشرف:

وهذا الجانب يفترض تساوى الناس جميعا فيه، اذ هو عبارة عن مجموعة المميزات أو المكنات التي تمثل قدرا أدنى من القيم الادبية يفترض توافرها بالضرورة لدى كل فرد بحكم كونه آدميا، فالقانون الوضعي يعترف لكل انسان من حيث هو انسان بالحق في ان يطلب من الغير أن يحترم كرامته الآدمية[٢٠].

ومعنى موضوعية هذا الجانب: ان يتجرد كلية عن التأثير بظروف صاحبة أو برأى الاخرين فيه، فيستوى أن يكون صاحب الحق صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا، شريفا أو خارجا عن القانون[٢١].

ويتكون هذا الجانب من عناصر عدة يمثل كل واحدة منها صفة من تلك الصفات العامة التي يتوقف عليها تكامل كرامة الإنسان واحترامه وفقا للمجرى العادي للأمور، مثل الأمانة، النزاهة، والشجاعة والاخلاص والصدق، والاستقامة، والمحافظة على

---

(١٨) د. محمد ناجى ياقوت ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٣٥ وما بعدها.
(١٩) د. محمد ناجى ياقوت ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٦.
(٢٠) د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤١ وما بعدها.
(٢١) د. محمد ناجي ياقوت ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٧.

العرض والحياء والتمسك بمباديء الدين والأخلاق، فالإنسان العادي مهما تواضعت وظيفته الاجتماعية يفترض فيه التمتع بحد أدنى من هذه الصفات التي تكفل احاطته بقدر من الاحترام يجب أن يتواتر لكل فرد لمجرد وجوده في المجتمع[٢٢]

**١٥٨ ـ ثانيهما: الجانب الشخصي أو الاعتبار:**

وللحق في السمعة جانب شخصي إلى جوار جانبه الموضوعي، ويقصد بالجانب الشخصي او ما يطلق عليه عادة اسم: الاعتبار حصيلة الرصيد الادبي أو المعنوى الذي يكون الشخص قد اكتسبه تدريجيا من خلال غلاقته بغيره أى مجموعة الميزات أو المكنات التي يستمدها الفرد من منزلته التي بلغها بين جماعة من الناس ينتمى اليها، كأفراد اسرته، أو جيرانه في المنطقة التي يسكن فيها، أو زملاء مهنته، أو جمهوره إذا كان نجما من نجوم الادب أو الفن، أو الرياضة، أو السياسة.

ومعنى شخصية هذا الجانب هو توقفه على عديد من الاعتبارات الذاتية التي يجب مراعاتها تجاه شخص معين، كالاعتبارات العائلية، أو الوظيفية، أو العلمية، أو الوطنية، أو المالية[٢٣] ويمكن التمييز في هذا الصدد بين اعتبارات ثلاثة:

**١٥٩ ـ الأول: الاعتبار الخـــاص:**

والاعتبار الخاص يتكون من جميع العناصر التي يقيم الناس على أساسها صلاحية الشخص لأداء واجباته المتعلقة بشئون حياته الخاصة، فهو وليد التقدير الذي يصيبه الفرد في بيئة خارج نطاق حياته العامة، ويتحقق الاعتداء على الاعتبار الخاص للشخص بأية وسيلة من شأنها ان تثير الشك حول توافر هذه الصلاحية المذكورة لديه، أو تنكر عيه بعض الصفات التي تؤهله لذلك، ويعد الاعتبار الاسرى والعائلي من أهم صور الاعتبار الخاص[٢٤].

وقد قضى بتحقيق الاعتداء على الاعتبار العائلي للمدعى الذي أذيع عنه أنه يتزوج النساء ويطلقهن طمعا في أموالهن، وان زوجته طلبت الطلاق منه لعجزه الجنسي، وانه

---

(٢٢) المرجع والمكان السابقان.
(٢٣) المرجع نفسه ـ ص ٢٨.
(٢٤) المرجع نفسه ـ ص ٢٩.

سمح لزوجته بأن تتخذ عشيقا، أو انه كان يعاشر زوجته معاشرة غير شرعية قبل الزواج[٢٥]، أو انه فقد عقله نتيجة للآلام النفسية التي يعاني منها في حياته العاطفية[٢٦]، او انه الابن غير الشرعي لاحد الشخصيات المرموقة في المجتمع[٢٧].

**١٦٠ ـ الثاني: الاعتبار المهني:**

والاعتبار المهني هو مجموعة القيم الادبية التي يتمتع بها الفرد في مجال نشاطه الوظيفي أو حصيلة رصيده المعنوي من كفاءة وقدرة في نطاق مهنتهُ التي يمارسها، ولقد ترتب على تعدد المهن واختلاف طبيعتها، وتباين القواعد التي تحكم مزاولتها ان أصبحت كل مهنة أو حرفة أو وظيفة معينة تتطلب فيمن يمارسها صفات أدبية أو علمية أو فنية معينة لايستطاع بغيرها مزاولة العمل. وذلك كالتجارة والطب والمحاماة والتدريس والقضاء وغير ذلك من المهن، فان لكل مهنة متطلباتها الخاصة من الامانة أو العلم والخبرة أو الاخلاص، وهكذا يكون لكل من يمارس مهنة الحق في تكامل اعتباره المهنى أو الوظيفى، اى في الا ينكر عليه الغير احدى الصفات الاساسية اللازمة لاستطاعة ممارسة هذه المهنة أو تلك الوظيفة[٢٨]. ويتحقق الاعتداء على الاعتبار المهني للشخص بأى فعل من شأنه التشكيك في صلاحية هذا الشخص لممارسة مهنته التي يزاولها، كالقول عن طبيب بشرى: أنه جزار لايؤتمن على علاج كلب. أو أن خبرته تقل عن خبرة الممرض الذي يعمل لديه، أو اشاعة أن مدرسا حكم بسلوكه المشين مع تلاميذه، أو ان محاميا أهمل في الدفاع عن المتهم لانه ندب من قبل المحكمة، أو أن واعظا دينيا ارتكب أفعالا علنية فاضحة، أو أن قاضيا يجمع بين عمله القضائي والاشتغال بالتجارة، أو التشكيك في أن أديبا معينا، هو الذي يؤلف قصصه ورواياته المنشورة باسمه، أو أن موظفا عاما استغل سلطات وظيفته في اغراض غير مشروعة أو تقاضى مبالغ كبيرة على سبيل الرشوة[٢٩].

**١٦١ ـ الثالث: الاعتبار السياسـي.**

ويقصد بالاعتبار النسياسي للشخص: حصيلة الرصيد الذي يتكون من صفاته

(٢٥) حكم محكمة النقض المصرية في ٥/ ٢/ ١٩٧٨، س ٢٩، ق ٢٤، ص ١٣٢.
(٢٦) حكم محكمة باريس الاستئنافية في ٧/ ٤/ ٢٨٩٨، سيرى ١٨٩٨ ـ ٢ـ١ـ٥٠١.
(٢٧) نقض جنائي فرنسي في ١٦٥/ ١١/ ١٩٠٠، داللوز ١٩٠١ـ١ـ٢٨٦.
(٢٨) د. محمد ناجي ياقوت ـ المرجع نفسه ـ ص ٣٠.
(٢٩) المرجع والمكان السابقان، والاحكام المشار اليها فيه ـ الهوامش من ١٥٤ـ١٦٩.

وأخلاقه وتصرفاته في مجال ممارسته اليومية لحياته السياسية، ويعد هذا الاعتبار من أهم الاعتبارات جميعا لانه يحتل مكان الصدارة منها في مجال التطبيق القضائي، لاسيما فيما يتعلق بالمنازعات المترتبة على بعض المناقشات السياسية الحادة التي تثور عادة في أثناء فترات المعارك الانتخابية، وتدق التفرقة فيما يتعلق برجال السياسة بوجه عام بين ما يعد مساسا باعتبارهم السياسي، وبين مالايعدو أن يكون ممارسة مشروعة للحق في آرائهم ونقد تصرفاتهم، ومما يزيد الامر صعوبة أن العادة قد جرت على استعمال اسلوب السخرية اللاذع، أو التهكم المر عند تبادل الآراء في شأن بعض المسائل السياسية(٣٠).

ويبدو أن الضابط الصحيح الذي يجب التعويل عليه عند اجراء مثل هذه التفرقة يتمثل في نقطة معرفة: هل تضمنت العبارات المستخدمة افكارا لبعض الصفات الاساسية التي يجب أن تتوافر فيمن يشتغل بالعمل السياسي، مثل صفات الاخلاص للوطن، والمبادىء، أو البرنامج السياسي المعلن، والصدق في مخاطبة الجماهير والانتماء إلى الاحزاب التي يعترف بها النظام القانوني دون غيرها، وتضمنت بالتالي تشكيكا في أهلية المدعى لمزاولة العمل السياسي الذي يناط به، ومن ثم الاخلال باعتباره السياسي عند أنصاره ومؤيديه، أم اقتصر أثر هذه العبارات على مجرد التشكيك في مدى مهارة المدعى وتفوقه ونجاحه فيما يقدمه من مشروعات وبرامج سياسية، أو الطعن في موهبته أو مقدرته وتفانيه في مباشرة الشئون العامة، أو اثارة الشك حول المجد السياسي الذي فازبه من وراء ذلك كله، لابقصد الحط من اعتباره، بل لتقييم آرائه وأعماله في سبيل النفع العام استعمالا لحق النقد(٣١).

وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه: متى كان المقال محل الدعوى قد اشتمل على اسناد وقائع للمجنى عليه هى أنه مقامر بمصير أمة وحياة شعب وأن التاريخ كتب له سطورا يخجل هو من ذكرها، وأنه تربى على موائد المستعمرين وأنه يسافر إلى بلاد الانجليز ليمرغ كرامة مصر في الاوحال وليخترع نوعا من التسول هو الاستجداء السياسي، فإنه يكون مستحقا لعقوبة القذف المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات، اذ أن عبارات المقال تشتمل على نسبة أمور لو كانت صادقة لاوجبت عقاب من نسبت اليه قانونا أو احتقاره عند أهل وطنه ومن الخطأ اعتبار هذا المقال نقدا مباحا لسياسة

(٣٠) المرجع نفسه - ص ٣٢.
(٣١) المرجع نفسه - ص ٣٢ وما بعدها.

المجنى عليه وقع تحت حسن نية[٣٢].

١٦٢ ــ صور الاعتداء على الحق في السمعة:

وإذا كان الضرر الادبي متضمنا لخطأ ينال من سمعة المعتدى عليه وشرفه، فليس من الضروري أن يكون المعتدى سيىء النية، بل يكفي أن يكون أرعن متسرعا وفي الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى، وهذا خطأ موجب للمسئولية، والاعتداء على الشرف والسمعة قد يقع بطرق مختلفة. فقد يقع عن طريق النشر في الصحف والمجلات بالسب والقذف حتى لو انتفى سوء النية مادامت هناك رعونة وعدم احتياط، ولكن يراعى عدم التشدد في اعتبار ما ينشر في الصحف سبا أو قذفا في بعض الظروف التي تقتضي الاطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة، وذلك كظروف الحرب، وظروف الانتخابات، وفي الحملات الصحفية الي تقوم لغرض التطهير لفساد منتشر، وفي النقد العلمي والفني البرىء[٣٣].

وقد يقع الاعتداء على الشرف والسمعة عن طريق البلاغ الكاذب وليس سوء النية شرطا في المسئولية التقصيرية، كما هو شرط في المسئولية الجنائية، فقد يحفظ البلاغ الكاذب، ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولا مدنيا لانه كان أرعن متسرعا، ولو أنه لم يكن سيىء النية، كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لاجنائيا ولا مدنيا لانه لم يكن سيء النية، ولم يرتكب رعونة أو تسرعا[٣٤]، ويكفي لنفي التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى في روعه صحة مايبلغ عنه، ولو لم يكن صحيحا في الواقع، ويتخذ في هذا معيار موضوعي مجرد هو المعيار المعروف للخطأ، فلا يكفي أن تكون الدلائل قد القت في روع المبلغ ذاته صحة ما بلغ عنه، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى في روع الشخص العادى المجرد عن الظروف الداخلية

(٣٢) محكمة النقض المصرية في ١٥/٦/١٩٤٨م - مجموعة القواعد القانونية - جـ ٧- رقم ٦٤١ - ص ٦١٢، ويلاحظ أن المدعى عليه إذا قال عن رجل السياسة: انه فاشل أولا تؤيده الا قلة ضئيلة من الناس، أو أن انصاره هم ضالة الناس وجهالهم أو ان مشروعاته السياسية تدل على الجهل وسوء التقدير، لم يكن في ذلك مساس بالاعتبار السياسي للمدعى عليه طالما أن هذه الاقوال لم تصدر عن حقد او كراهية أو ضغينة بل عن عقل وتحليل وانصاف بغية تحقيق الصالح العام، وراجع: د. محمد ناجي ياقوت - المرجع نفسه - ص ٣٣.

(٣٣) السنهوري - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٣٥ فقرة ٥٤٩، والاحكام المشار اليها بالهامش، د. محمد ناجي ياقوت - السابق - ص ٣٤ وما بعدها.

(٣٤) المرجع السابق - ص ٨٢٦.

التي تحيط بالمبلغ(٣٥)، كما يكفي لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المجنى عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام(٣٦).

وقد يقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو اشاعات كاذبة تمس سمعة شخص، دون أن يصطنع المذيع الحيطة الواجبة للتثبت من هذه الاخبار والاشاعات قبل إذاعتها، كما يقع الاعتداء عن طريق اعطاء معلومات كاذبة بسوء نية أو رعونة، ولكن المصلحة التي تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب قدم لها في هذا الشأن لاتكون مسئولة(٣٧)، ولايكون مسئولا بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين(٣٨).

**١٦٣ — صور أخرى للضرر الذي ينال من حق السمعة:**

وهناك حالات أخرى يقوم فيها الضرر الادبي مصاحبا للضرر المادى، ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى المزاحم، وقد يقع الضرر الادبي بنشر اشاعات كاذبة عن المزاحم، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر، وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة، ومنها الاجراءات القضائية الكيدية، كالدعاوى والدفوع الكيدية ودعاوى الافلاس الكيدى، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن انكار الاخت لاخيها يعد دفاعا كيديا. فيحكم على الاخت بتعويض الضرر المادى الذي أصاب أخاها من جراء هذا الانكار، وهي المصاريف التي صرفت فيه في سبيل اثبات وراثته، وتلزم أيضا بتعويض الضرر الادبي الذي أصاب أخاها بسبب انكارها(٣٩).

---

(٣٥) وذلك على نحو ما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية في ٦/١٢/١٩٢٧م حين ذهبت إلى أن المبلغ إذا كان موظفا من موظفي الا من العام فلا مسئولية عليه اذ هو بلغ قبل أن يتثبت من صحة الخبر، إذا قامت عنده شبهات جدية كافية، لان التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون.

(٣٦) الاستاذ مصطفى مرعى في المسئولية المدنية فقر ٨٥، والسنهورى، الوسيط ـ نفس المكان السابق.

(٣٧) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٦/١٢/١٩٢٣ ـ المحاماة ٤-٤١٢-٥٣٨.

(٣٨) الوسيط للسنهوري ـ السابق ـ ص ٨٢٧.

(٣٩) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩١٦م مشار اليه في الوسيط للسنهورى ـ جـ ١ ـ ص ٨٣١ هامش (٤)، وراجع: مصطفى مرعى بك ـ في المسئولية المدنية فقرة ٨٦. د. عبدالمنعم فرج الصدة ـ السابق ـ نفس المكان.

## ( المبحث الثاني )
## الضرر الأدبي الذي ينال من شرف الانسان وسمعته في الفقة الاسلامي

١٦٤ ـ والتشريع الاسلامي يحرص على حماية الانسان مما يمس شرفه وعرضه واعتباره، ولذلك حرم الاسلام القذف وشرع حد العقاب عليه، وجعل الحق في دفع العار عن المقذوف له في حياته وينتقل من بعده لورثته، حتي يتمكنوا من دفع العار عنه، كما حرم الغيبة، وقد تكلم الفقهاء على فسخ الخطبة ومدى ما يحققه ذلك الفسخ من ضرر أدبي يستوجب التعويض، ونود أن نبرز موقف الفقه الاسلامي وذلك في مطلبين.

### ( المطلب الأول )
### طبيعة القذف وتحريم الاسلام لـــه

١٦٥ ـ **القـذف في اللغـة**: هو الرمى بالحجارة ونحوها ثم استعمل في الرمي بالمكاره لعلاقة المشابهة بين الحجارة والمكاره في تأثير الرمي بكل منهما، لان في كل منهما أذى، فالقذف أذى بالقول، ويسمى فرية بكسر الفاء، كأنه من الافتراء والكذب[١].

١٦٦ ـ **وفي اصطلاح الفقهاء**:
تعدت تعريفات الفقهاء للقذف، في المذاهب الفقهية المختلفة.

١ ـ *عند الحنفية*:
يعرف القذف بأنه: نسبة من احصن إلى الزنا صريحا[٢].

٢ ـ *وعند المالكية*:
يعرف القذف بأنه: رمى المكلف ولو كافرا أو سكرانا حرا مسلما لوقت اقامة الحد، بنفي نسبه عن أب أو جد، وان علا من جهة الاب ولو كان الاب عبدا أو كافرا، صريحا أو تلويحا، لا عن أم بذلك لان الامومة محققة لاتنتفى، وأما الابوة فتنتفى بالظن،

---

(١) مختار الصحاح ـ ص ٥٢٦، وراجع: فتح القدير ـ جـ ٤ ـ ص ١٩٠، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٢٤، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ١٥٥، والمغنى لابن قدامة، جـ ٨ ـ ص ٢١٥.

(٢) فتح القدير ـ المكان السابق.

والحكم الشرعي فلا يعلم كذبه في نفيه فتلحقه بذلك معرة[٣].

٣ ـ *وعند الشافعية*:

يعرف القذف بأنه: الرمي بالزنا على جهة التعيير، فيخرج بذلك الشهادة بالزنا فلا حد فيه الا ان يشهد به دون أربعة[٤].

٤ ـ *وفي المذهب الحنبلي*:

عرفة ابن قدامة: بأنه الرمي بالزنا[٥]، كما عرفه صاحب كشاف القناع بقوله: إنه الرمي بالزنا أو اللواط أو الشهادة به[٦].

وقد عرف القذف في المذاهب الفقهية الاخرى بما لايخرج عن هذا المعنى[٧].

### ١٦٧ ـ حكم القذف، وأثره:

والقذف محرم، وهو من الكبائر يدل على ذلك مارواه أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا يا رسول الله ما هن؟، قال: الشرك بالله عزو جل، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، ورمي المحصنات الغافلات المؤمنات[٨]، ومما يدل على تحريمه من الكتاب قول الله تعالى: ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والاخرة ولهم عذاب اليم[٩]، حيث اثبت الحق سبحانه للرمي بالزنا وصف اللعنة في الدنيا والاخرة مع العذاب الاليم، وهذا المعنى يدل على التحريم ابلغ دلالة. وقد اجمع الفقهاء على تحريمه، يقول ابن قدامة: القذف هو الرمي بالزنا وهو محرم باجماع الامة[١٠].

ويجب بالقذف اقامة حده، لان حد القذف سببه القذف ولان نسبة المقدوف إلى

---

(٣) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٢٤.

(٤) مغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ١٥٥.

(٥) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢١٥ ـ مكتبة الرياض الحديثة.

(٦) كشاف القناع ـ جـ ٦ ـ ض ٨٤.

(٧) الروض النضير ـ شرح مجموع الفقه الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٤٩١، والمحلى لابن حزم ـ جـ ١١ ـ ص ٢٦٥، وما بعدها، مسألة ٢٢٢٣.

(٨) أخرجه البخارى ومسلم عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ راجع: نيل الاوطار للشوكاني ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥٢.

(٩) سورة النور ـ الآية ـ ٢٣.

(١٠) المغنى لابن بقدامة ـ المكان نفسه.

الزنا تتضمن الحاق العار به، فيجب الحد دفعا للعار وحفظا للشرف وصيانة للسمعة[١١].

يدل على وجوب الحد بسبب الرمي بالزنا قول الله تعالى: والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا واولئك هم الفاسقون[١٢].

**١٦٨ ـ حق الخصومة في الضرر الادبي الناتج عن القذف:**

ونظرا لان الضرر الحاصل من القذف ينال من سمعة المقذوف وشرفه واعتباره، وأن أثر الضرر لايقف عند حد المقذوف، وانما يتعداه إلى ورثته ممن يتألمون لقذفه ويكتوون بنار العار الذي يلحق به، كما أن القذف أيضا ينطوي على خدش الحياء في المجتمع واشاعة الفاحشة في الذين آمنوا، وهذا امر محرم بقول الله تعالى: ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والاخرة والله يعلم وأنتم لاتعلمون[١٣]، لكل هذه الاثار فقد عنى الفقهاء ببيان من يملك الحق في الخصومة، على اعتبار أن أثر القذف لاينتهي بحياة المقذوف، وانما تمتد آثاره لتلاحق ورثته من بعده، ذلك في حالة حياة المقذوف، اما إذا كان ميتا واعتدى على شرفه بالقذف فان المضرور من ذلك اصالة هم الورثة ومن ثم كان من المهم بيان حدود حق الخصومة عن القذف في كل حالة.

**١٦٩ ـ أولا: حق الخصومة في حال حياة المقذوف:**

إذا كان المقذوف حيا وقت القذف، فان حق الخصومة يناط به، ويسند اليه ليتمكن به من رد شرفه وحفظ اعتباره، ذلك انه إذا كان حيا وقت القذف كان هو المضرور صورة ومعنى بالحاق العاربة ومن ثم كان اسناد حق الخصومة اليه من بابا اسناد الحكم لاولى الناس به، لان الحق حقه فلا يطالب به غيره ولايقوم غيره مقامه فيه. لانه حق يثبت للتشفي، فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه، وذلك قياسا على القصاص[١٤]، وهذه المسألة تكاد تكون محل اتفاق من الفقهاء ولم يرد خلاف يتعلق بها الا ماورد عن الحنفية حول مدى جواز الانابة في تلك الخصومة حال حياة المقذوف، حيث ورد عنهم في تلك

(١١) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ـ ص ٤٠.
(١٢) سورة النور ـ آية ٤.
(١٣) سورة النور ـ آية ١٩.
(١٤) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ـ ص ٢٣٠ ـ مكتبة الرياض.

المسألة قولان عن مدى جواز التوكيل باثباتها:

**١٧٠ ــ أولهما: لأبي حنيفة ومحمد**: وحاصل قولهما: ان التوكيل بالخصومة في القذف جائز، على اعتبار ان الموكل يملك ممارسة الحق، فيجوز توكيل غيره فيه، اذ أن كل حق يملك الانسان أن يباشره بنفسه يجوز ان يوكل فيه غيره، ولم يرد في تلك المسألة مايستلزم خروجا على هذا الضابط.

**١٧١ ــ ثانيهما: لأبي يوسف**: وحاصل قوله: انه لايجوز التوكيل بالخصومة في حد القذف حيث لاتصح الوكالة في الحدود والقصاص عنده.

**دليل أبي يوسف:**

استدل أبو يوسف لما ذهب اليه بالقياس فقال: كما أنه لايجوز التوكيل في استيفاء حد القذف، فلايجوز ذلك في إثباته، لان الاثبات وسيلة للاستيفاء وللوسيلة حكم غايتها[١٥].

**١٧٢ ــ دليل الطرفين:**

أما الطرفان أبو حنيفة ومحمد فدليلهما: أن ممارسة المقذوف للحق، تجعله أهلا للتوكيل به عملا بالقاعدة العامة، حيث لم يرد في مسألتنا ما يبرر الخروج عليها.

**١٧٣ ــ مناقشة ما استدل به أبو يوسف:**

كما ان ما استدل به أبو يوسف محل نظر، لان التوكيل بالاستيفاء في حد القذف لايجوز للشبهة، اذ لابد من وجود المقذوف ووجود ولي القصاص حين الاستيفاء، فقد يجوز فيما لو حضر المقذوف أن يصدق القاذف والحدود تدرأ بالشبهات[١٦]، ومن ثم كان أمر التوكيل باستيفاء حد القذف في عدم الجواز قياس مع الفارق فلايصح الاحتجاج به [١٧]، وهذا ما يترجح لدينا.

**١٧٤ ــ ثانيا: حق الخصومة في حال موت المقذوف:**

وإذا كان المقذوف قد مات فانه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان المقذوف قد مارس

---

(١٥) راجع: في هذا المعنى: المبسوط للسرخسي ـ جـ ٦ ـ ص ١١٣، وفتح القدير ـ جـ ٤ ـ ص ١٩٧، وبدائع الصنائع جـ ٦ ـ ص ٢١.

(١٦) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ـ ص ٥٥.

(١٧) المراجع المشار اليها ـ نفس المكان.

الدعوى، وباشر اجراءاتها ولكن المنية لم تسعفه حتى يبلغ ثمرة ما باشرة بصدور حكم في دعواه، فمات قبل صدوره، واما أن يكون القذف قد حصل له بعد وفاته، ويكون أثر العار الناجم منصبا كله على ورثته ومن يعنيهم امره من أقاربه، فكأن دراسة المسألة ـ اذن ـ تستلزم التفرقة بين الحالتين وهذا ماينبغي بيانه:

١٧٥ ــ **الحالة الأولى**: وهي حالة ما إذا كان القذف قد وقع على المقذوف حال حياته، ثم باشر حقه في رفع الدعوى ومات قبل صدور حكم فيها، في هذه الحالة هل ينتهي حقه في ممارسة الدعوى بموته؟، أو ينتقل الحق في استكمال اجراءات سيرها حتى بلوغ غايتها بصدور حكم فيها إلى ورثته؟، في المسألة قولان:

**أولهما**: للحنفية: وحاصل قولهم: ان المقذوف إذا مات قبل اقامة الحد فانه يبطل، ولاينتقل إلى ورثته، لانه حق غير مالي، فلاينتقل إلى الورثة.

**وثانيهما**: لجمهور الفقهاء، وحاصل القولهم: ان المقذوف إذا مات قبل اقامة الحد، فان الحق فيه ينتقل إلى ورثته من بعده[١٨]، ولكل قول دليله:

١٧٦ ــ **دليل الحنفية**:

استدل الحنفية لما ذهبوا اليه، بأن حد القذف يعتبر من حقوق الله تعالى، ولئن كان فيه حق للعبد، فانه لايؤثر في غلبة حق الله تعالى في الحد، ومن ثم تظل له خصائص هذا الحق، ومنها أنه لايورث، فإذا مات المقذوف سقط حقه ولاينتقل من بعده الى ورثته[١٩]

١٧٧ ــ **مناقشة دليل الحنفية**:

ودليل الحنفية هذا مردود من وجهين:

**الاول**: ان ما ذهبوا اليه مبنى على تغليب حق الله على حق العبد في حد القذف، وهذه المسألة محل خلاف من الفقهاء، حيث ذهب الجمهور إلى تغليب حق العبد، ولم يقل بتغليب حق الله على حق العبد في حد القذف الا الحنفية والظاهرية[٢٠]، والمالكية

---

(١٨) المدونة ـ جـ ١٦ ـ ص ٢٠، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢٣٠.

(١٩) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٥٢، وفتح القدير للكمال بن الهمام ـ جـ ٥ ـ ص ٣٢٦ وما بعدها.

(٢٠) بدائع الصنائع للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٥٦، والمحلى لابن حزم جـ ١١ ـ ص ٢٨١.

وان كانوا يفرقون بين الحد قبل رفع الدعوى وبعدها، فيجعلونه قبل رفع الدعوى حقا للعبد، وبعدها حقا لله[٢١] فان رأى الحنفية ومن معهم في توصيف الحق بما يغلب جانب الله فيه سيظل مرجوحا ويكون ابتناء الحكم على أمر مرجوح من شأنه أن يجعله مرجوحا كذلك.

الثاني: لو كان حق الله غالبا في حد القذف لما سقط بالعفو مطلقا، والثابت خلاف ذلك، حيث ان الحنفية انفسهم يقررون أنه يجوز العفو عنه قبل رفع الدعوى إلى الحاكم، يقول ابن الهمام: فانه بعدما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان. لوعفا المقذوف عن القاذف لايصح منه ويحد عندنا، ويصح عنده ولايسقط عندنا الحد بعد ثبوته الا أن يقول المقذوف: لم يقذفني أو كذب شهودي وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد، لأنه وقع ثم سقط، وهذا كما إذا صدقه المقذوف[٢٢]، وبدليل أن القذف يشترط لاقامة حده مخاصمة المقذوف برفع دعواه، ورفع الدعوى حق يملك التنازل عنه[٢٣].

### ١٧٨ ـ أدلـة الجمهـور:

استدل الجمهور لما ذهبوا اليه من السنة والمعقول:

#### ١ ـ *أما السنـــة:*

فبما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: من خلف مالا أو حقا فلورثته، ومن خلف كلا أو دينـا فعـلى[٢٤]، حيث دل الحديث على أن من ترك حقا يكون لورثته، وحق الدعوى من حقوقه فتنتقل إلى ورثته.

#### ٢ ـ *وأما دليلهم من المعقول:*

فانه يتمثل في أن الاساس الذي ثبت بمقتضاه الحق لمورثهم المقذوف هو التشفي،

---

(٢١) شرح الخرشي على مختصر خليل ـ جـ ٥ ـ ص ٣٣٢.

(٢٢) فتح التقدير ـ جـ ٤ ـ ص ١٩٧ وما بعدها.

(٢٣) في هذا المعنى الاستاذ عبدالقادر عودة ـ التشريع الجنائي الاسلامي ـ جـ ٢ ـ ص ٤٨٠، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢١٧، حيث يقول: وحد القذف لايستوفى الا بعد مطالبة الادمي باستيفائه فسقط بعفوه كالقصاص.

(٢٤) الحديث رواه البخارى ومسلم، وقد سبق تخريجه، راجع: نصب الراية ـ جـ ٤ ـ ص ٨٥، نيل الاوطار ـ جـ ٤ ـ ص ٨٥، وارواء الغليل ـ جـ ٥ ـ ص ٢٥٨ وما بعدها.

ورد الشرف والاعتبار موجود في ورثته، لان تلك المعاني لاتقتصر عليه وحده، اذ أن شرفه واعتباره امتداد لشرف الورثة واعتبارهم، ومن ثم وجب أن يناط الحق بهم، فيمارسون دعواه من بعده حتى يصلوا إلى حكم فيها، لان المعرة تلحقهم[٢٥]:

**١٧٩ ـ الرأى الراجح في نظرنا:**

والذي يترجح لدينا هو رأى الجمهور القائلين بانتقال الحق في ممارسة دعوى القذف إلى الوارث لوضوح الأدلة عليه، كما أنه أدعى لحفظ الشرف والاعتبار، وفيه تصريف لما في قلوب ورثة المقذوف من الغيظ والحقد، وفي ذلك قطع لدابر الشر، ومنع لاحتدام النزاع.

**١٨٠ ـ شروط انتقال الحق إلى الورثة:**

.... ويبدو مما ذكره المالكية ان انتقال حق المقذوف إلى الورثة مشروط بأمرين:

**الأول:** ان يكون القذف قد حصل للمقذوف حال حياته.

**الثاني:** إن يكون المقذوف قد رفع دعواه مطالبا باقامة الحد على القاذف، وأن كان لم يبلغ غايته بعد، بسبب موته، فااذا كان القذف قد وقع على المقذوف حال حياته، ولم يرفع دعواه للحاكم، ثم مات دون أن يرفع الدعوى، فلا يجوز لورثته ان يخاصموا القاذف الا في حالة واحدة، وهي حالة ما إذا ثبت أن المقذوف قد مات دون أن يصل القذف إلى علمه[٢٦].

**١٨١ ـ الحالة الثانية: وقوع القذف بعد موت المقذوف:**

إذا وقع القذف بعد موت المقذوف فان حق الدعوى في مخاصمة القاذف يثبت ابتداء لذوى قرباه، لان أثر القذف ينصرف اليهم مباشرة فيكون الحق لهم، والفقهاء متفقون على أن الحق يثبت لذوى قربى المقذوف اجمالا إذا وقع القذف عليه بعد موته ولكنهم اختلفوا في مدى ثبوت هذا الحق لذوى القربى ممن أصابهم القذف.

**١٨٣ ـ قال الحنفية:**

اذا مات المقذوف فان حق المطالبة باقامة الحد يثبت لاصوله وفروعه اصالة لابطريق

---

(٢٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٤٩٤.

(٢٦) الحطاب ـ مواهب الجليل ـ جـ ٦ ـ ص ٣٠٥.

الارث، وذلك على أساس لحوق العار بهم، وليس على أساس ثبوت حق الارث لهم، ومن ثم يكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث، فلايثبت للاخ، ويثبت للمحروم من الميراث بالقتل أو الرق أو الكفر، فلقاتل أبيه أن يطالب بعد قتله بحق القذف(٢٧).

وأبو حنيفة يدخل في الاصول والفروع الذين لهم حق مخاصمة قاذف مورثهم الميت، الاناث مع الذكور من اصوله وفروعه، فأولاد البنات لهم هذا الحق، وذهب إلى ذلك أبو يوسف، وقد خالف الامام محمد في ذلك، وذهب إلى أن أولاد البنات ليس لهم حق المخاصمة(٢٨).

١٨٣ ــ وقال المالكيـــــة:

يقوم الوارث مقام مورثه في المطالبة بحد القذف، سواء قذف مورثه قبل الموت أم بعده، ويثبت هذا الحق لكل وارث يلحقه عار القذف، سواء كان من ذوى الفروض أم العصبات، ويستثنى من ذلك الزوجان فانه لاحق لهما في المطالبة بحد القذف الواقع على مورثهم، ويثبت هذا الحق لك لوارث حتى ولو قام بالنسبة له سبب المنع من الميراث، كما لو كان قاتلا أو كافرا أو عبدا أو محجوبا، فيطالب به الابعد مع وجود الاقرب، لان المعرة تلحقهم جميعا، وذلك خلافا لما ذهب اليه اشهب من أنه يقدم الاقرب فالأقرب في القيام بحق الخصومة في قذف المورث(٢٩).

١٨٤ ــ وعند الشافعية:

يعتبر حق المطالبة بحد القذف الواقع على المورث من الحقوق التي تورث عنه، كما تورث سائر حقوق الادميين وأموالهم، ولكنهم اختلفوا فيمن يرثه على أربعة أقوال وردت في كتبهم:

القول الاول: يرثه كل الورثة بما فيهم الزوجان، لانه لجميع الورثة كالمال.

القول الثاني: يرثه كل الورثة ما عدا الزوجين، لان الحد يجب لدفع العار، ولا يلحق

---

(٢٧) حاشيه ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٥٢.

(٢٨) بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٥٥، وفتح القدير ـ جـ ٦ ص ٣٠٥.

(٢٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٤٩٤، وراجع المعيار الذي وضعه القرافي في انتقال الحقوق للورثة: الفروق ـ جـ ٣ ـ ص ٢٧٩.

الزوج عار بعد الموت، حيث تنتهى الزوجية به.

**القول الثالث:** يرثه العصبات من الورثة دون غيرهم، لان دفع العار مختص بهم.

**القول الرابع:** يرثه العصبات غير البنين، قياسا على ولاية الزوج(٣٠).

**١٨٥ ـ وعند الحنابلـــــــة:**

ويرى الحنابلة أن حق المطالبة بحد القذف يرثه العصبات من النسب دون غيرهم، لانـه حق يثبت لدفـع العار، فلكل واحد منهم أن يطالب به كملا، فعفو بعضهم لايسقط حق الآخر، لانه يراد لدفع العار عن المقذوف، وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه، فيثبت له جميعه كولاية النكاح(٣١).

**١٨٦ ـ أساس اسناد الحق في استيفاء حد القذف:**

ويبدو من خلال النظر فيما قرره الفقهاء ان جوهر مطالبة الوارث بحد القذف الواقع على مورثه الميت، أساسه أمران:

**الامر الأول:** النظر إلى هذا الحق على أنه حق من حقوق المورث التي تنتقل إلى الورثة مثله في ذلك كمثل المال، فيجوز أن يمارسه كل وارث.

**الأمر الثاني:** رفع الضرر الذي وقع على الورثة من جراء القذف والمتمثل في المعرة التي أصابتهم بسببه، وهو ضرر غير مالي اصلا، ومن ثم يستبين أن الضرر الأدبي مما يدخـل تحـت نطـاق الضمـان المقـرر فـي التشـريح الاسـلامـي حمـاية للشـرف وحفظـا للاعـراض.

(٣٠) راجع: المهذب للشيرازى - جـ ٢ - ص ٢٧٥، نهاية المحتاج - جـ ٧ - ص ١٠٤، وما بعدها، واسنى المطالب - جـ ٣ - ص ٣٧٥.

(٣١) المغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٢٣١ وما بعدها.

## ( المطلب الثاني )
## طبيعة السباب والغيبة وتحريم الاسلام لهما

١٨٧ ـــ ومن وسائل التشريع الاسلامي في حفظ اعراض الناس تحريمه للسباب والغيبة، على أساس أن كلا منهما ينطوي على نيل من شرف من يعتدي عليه فيهما واعتباره، يدل على تحريم السباب مارواه ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم: سباب المسلم فسوق، وقتاله كفر، متفق عليه[١].

**٨٨ ـــ المراد بالسباب، وحالات الاباحة فيـــه:**

والسباب ـ بكسر السين ـ مصدر سبه، وهو لغة: الشتم والقطع والطعن، ومنه التساب، اى التشاتم والتقاطع، وهذا سبه، أي عار يسب به[٢].

**وفي اصطلاح الفقهاء:** هو الشتم والتكلم في أعراض الناس[٣] على نحو ينال من شرفهم واعتبارهم، وقد حرم الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك من خلال حكمه على السباب بأنه فسوق، أى خروج عن طاعة الله، وهذا من أساليب التحريم.

وقد عرفه ابن عابدين بقوله: هو نسبة المرء إلى فعل اختياري محرم شرعا ويعد عارا عرفا والالا.[٤]

**١٨٩ ـــ حالات الاباحـــة:**

وإذا كان الاصل ان السباب امر محرم بالحديث السابق، فانه قد توجد حالة من حالات الاباحة للسباب، وذلك كما ذكره الصنعاني بقوله: واما الفاسق فقد اختلف العلماء في جواز سبه بما هو مرتكب له من المعاصي، فذهب الاكثر إلى جوازه، لان المراد بالمسلم في الحديث الكامل الاسلام، والفاسق ليس كذلك، ومما يدل على ذلك ما

---

(١) سبل السلام ـ للصنعاني ـ جـ ٤ ـ ص ٣٧١، طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية.
(٢) مختار الصحاح ـ ص ٢٨١
(٣) سبل السلام ـ نفس المكان.
(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٣ ـ ص ٢٠٣، وقد حرم الله عزوجل ايذاء المؤمنين والمؤمنات بالسب في أكثرمن موضع في القرآن الكريم، قال تعالى: والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا واثما مبينا، سورة الاحزاب ـ آية ٥٨.

اخرجه الطبراني في الاوسط والصغير باسناد حسن ورجالة موثقون، وأخرجه في الكبير ايضا من حديث معاوية بن حيدة قال: خطبهم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال: متى ترعوون عن ذكر الفاجر؟، اهتكوه حتى يحذره الناس، وأخرج مسلم: كل امتى معافى الا المجاهرون، والمجاهرون هم الذين جاهروا بمعاصيهم، فهتكوا ما ستر الله عليهم، فيبيحون بلا ضرورة ولا حاجة[٥].

والأكثر يقولون: بأنه يجوز أن يقال للفاسق: يا فاسق أو يا مفسد، وكذا في غيبته بشرط قصد النصيحة له أو لغيرة لبيان حاله أو للزجر عن صنيعه، أى لابد من قصد صحيح، الا أن يكون جوابا لمن يبدأه بالسب فانه يجوز له الانتصار لنفسه، لقوله تعالى: ﴿ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل﴾[٦]، وقوله تعالى: ﴿لايحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم وكان الله سميعا عليما﴾[٧]، ولما أخرجه مسلم أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (المتسابان ما قالا، فعلى البادى، مالم يعتد المظلوم)، [٨]، قال العلماء: إذا انتصر المسبوب استوفى ظلامته، وبرىء الاول من حقه، وبقى عليه اثم الابتداء، والاثم المستحق لله تعالى، وقيل: برىء من الاثم ويكون على البادىء اللوم والذم، لا الاثم[٩].

**١٩٠ ـ ويؤخذ مما ذكره الصنعاني ان حالات الاباحة في السب تتمثل فيما يلي:**

**أولا**: حماية المجتمع من شرور السلوكيات الخاطئة من خلال الاعلان عن اصحابها وكشف حيلهم حتى يحذرهم الناس ويسلموا من شرورهم.

**ثانيا**: ان يكون المسبوب قد فرط في حق نفسه من خلال مجاهرته بما يجب الاستتار منه، عملا على اشاعة الفاحشة في المجتمع وتشويه صورته، ولئن كان قد استباح السب على نفسه، فلا ينبغي أن يلوم غيره إذا نسب اليه ما اذاعه هو نفسه.

**ثالثا**: ان يتوافر قصد حسن من خلال السب، مثل النصح للمسبوب أو لغيره، أو للزجر عن صنيعه.

---

(٥) سبل السلام ـ السابق ـ ص ٣٧٢.
(٦) سورة النساء: آية ١٤٨.
(٧) الآية السابقة.
(٨) سبل السلام ـ المكان نفسه.
(٩) سبل السلام ـ للصنعاني ـ جـ ٤ ـ نفس المكان.

رابعا: أن يكون السب ردا على ماوقع من المسبوب من سب في حق الفاعل، وذلك للأيات الدالة على جواز الانتصار ممن ظلم، ويجب ان لايتعدى القول في ضرره مقدار ماسبق من المسبوب، حتى لايكون ظالما، وعملا بقول الله تعالى: وجزاء سيئة سيئة مثلها [١٠]، وقوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم[١١]، ويمكن القول: أن ذلك من باب ازالة الضرر الادبي الناتج عن السب بمثله، ويجوز تعزيز البادى على سبقه في ظلم الساب.

**١٩١ ــ معنى الغيبة وحكمها وحالات الاباحة فيها:**

**والغيبة (يكسر الغين) في اللغة:** أن يتكلم خلف انسان مستور بما يغمه لو سمعه فان كان صدقا سمى غيبة، وان كان كذبا سمى بهتانا[١٢].

**وفي اصطلاح الفقهاء:** عرفها الصنعاني نقلا عن النووى في الأذكار: ذكر المرء بما يكره سواء كان في بدن الشخص أو دينه او دنياه أو نفسه أو خلقه أو ماله أو والده أو ولده أو زوجه أو خادمه أو حركته أو طلاقته أو عبوسته، أو غير ذلك مما يتعلق به ذكر سواء ذكر باللفظ أو بالرمز أو بالاشارة، قال النووى: ومن ذلك التعريض في كلام المصنفين كقولهم: قال من يدعى العلم أو بعض من ينسب إلى الصلاح أو نحو ذلك مما يفهم السامع المراد به، ومنه قولهم عند ذكره: الله يعافينا، الله يتوب علينا، نسأل الله السلامة، ونحو ذلك فكل ذلك من الغيبة[١٣].

**١٩٢ ــ تحريم الاسلام للغيبة:**

ونظرا لأن الغيبة تعتبر من أخطر أدوات النيل من شرف الانسان وسمعته واعتباره كما انها تلحق به اضرار أدبية متعددة، فان الله عزوجل قد حرمها بالكتاب والسنة كما انعقد على تحريمها اجماع علماء الأمة، يقول الصنعاني: وتحريم الغيبة معلوم من الشرع ومتفق عليه، وانما خلاف العلماء هل هو من الصغائر أم الكبائر؟، وقد نقل القرطبي الاجماع على أنها من الكبائر[١٤].

---

(١٠) سورة الشورى ـ آية ٤٠
(١١) سورة البقرة ـ آية ٩٤
(١٢) مختار الصحاح ـ ص ٤٨٥.
(١٣) سبل السلام ـ جـ ٤ ـ ص ٣٨٠.
(١٤) المرجع والمكان السابقان.

**١٩٣ ــ مناط التحريم في الغيبة وأدلته:**

وقد عنى الفقهاء ببيان حقيقة الغيبة، حتى يكون التحريم المناط بها واضح الاسناد لفعل محدد، وإذا كانت الغيبة، هى ذكر الانسان بما يكره كما جاء في الحديث، فان هذا الذكر المكروه له شامل لذكره في غيبته وحضرته، وقد روى في معناه حديثا مسندا إلى النبي ـ صلى الله عيه وسلم ـ قال فيه: ما كرهت أن تواجه به اخاك فهو غيبة، وإذا كان الحديث يدل على أن الغيبة تشمل ذكر الانسان بمكروه في غيبته وحضرته، فقد فسرها بعض العلماء بأنها: ذكر العيب بظهر الغيب، وفسرها آخر بقوله: هى ان تذكر الانسـان من خلفه بسوء، وان كان فيه[١٥]، وعلى هذا النحو يكون تحريم الغيبة في التشريع الاسلامي، وسيلة من أعظم وسائل المحافظة على شرف الانسان واعتباره.

**١٩٤ ــ أدلة تحريم الغيبة:**

وقد قامت الادلة على تحريم الغيبة من الكتاب والسنة، واجماع علماء الامة:

***أما الكتاب:***

فيقول الله تعالى: ﴿ولا يغتب بعضكم بعضا، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله ان الله تواب رحيم﴾[١٦].

**١٩٥ ــ ووجه الدلالة في هذا القول الكريم:** ان الله تبارك وتعالى قد نهى عن الغيبة فدل النهى على تحريمها، وقد جاء هذا التحريم بأسلوب التنفير، الذي يبعث في النفس عوامل الاقلاع عن تلك العادة الذميمة، التي قد تصادف هوى عند بعض النفوس، فشبهها الله عزوجل في الآية الكريمة، بأنها كأكل لحم الانسان ميتا، وإذا كان الطبع السليم ينفر من أكل لحم الانسان، فلأن تكون النفرة عن أكل لحم الانسان الميت أشد من باب أولى، وفي هذا لدليل على تحريم الغيبة أبلغ دلالة.

***ومـن السنـة النبـوية:***

١ ــ بما روى عن أبي هريرة ـ رضى الله عنه ـ ان النبي ـ صلى الله عليه وسلم قال: بحسب امرىء من الشر أن يحقر اخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه[١٧].

(١٥) المرجع نفسه ـ ص ٣٨٠ وما بعدها.
(١٦) سورة الحجرات ـ آية ١٢.
(١٧) الحديث أخرجه مسلم ـ سبل السلام ـ جـ ٤ ـ ص ٣٨٣.

١٩٦ ــ ووجه الدلالة في هذا الحديث:

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد بين أن المسلم يكفيه أن يكـون من أهل الشر باحتقار أخيه والغيبة من أخطر أدوات تحقير الشخص لانها تنال من شرفه وعرضه، ثم يزيد هذا المعنى بيانا بالاخبار الذي يدل على تحريم الدماء والاعراض والاموال، وهو أمر معلوم من الشرع علما قطعيا[١٨]، كل ذلك يدل على تحريم الغيبة.

٢ ــ وبما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ـ صلى الله عيه وسلم قال: اتدرون ما الغيبة؟ قالوا: الله ورسوله أعلم!، قال ذكرك أخاك بما يكره، قيل: أفرأيت ان كان في أخي ما أقول؟، قال: ان كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وان لم يكن فيه، فقد بهته[١٩].

١٩٧ ــ ووجه الدلالة في الحديث على تحريم الغيبة:

انـه قد جاء لبيان الغيبة الواردة بقول الله تعالى: ﴿ولا يغتب بعضكم بعضا﴾، ليكـون بمثـابـة التفسـير لها، فكـان فيه تفسـير لمعنـى التحـريم الـوارد فـي الآيـة الكريمة، فيكون دالا عليـه.

١٩٨ ــ ومـن الاجمـاع:

انعقد اجماع علماء الامة على أن الغيبة محرمة، ونقل الاجماع صاحب سبل السلام فقال: وتحريم الغيبة معلوم من الشرع، ومتفق عليه، كما حكى الاجماع عن القرطبي على أنها من الكبائر[٢٠].

١٩٩ ــ ظـروف اباحة الغيبة:

وإذا كان الاصل في الغيبة أنها محرمة بالكتاب والسنة والاجماع، وذلك على اساس انها تنطوى على نيل من شرف الذي يغتاب وعرضه، وفي ذلك ضرر عليه، فان هذا الاصل قد تقوم مصلحة شرعية معتبرة تجعل الخروج عليه أمرا مباحا، ولذلك استثنى العلماء من الغيبة المحرمة أمورا ستة:

---

(١٨) المرجع نفسه ـ ص ٣٨٥.
(١٩) أخرجه مسلم، سبل السلام ـ جـ ٤ ـ ص ٣٧٩، وما بعدها.
(٢٠) سبل السلام ـ جـ ٤ ـ ص ٣٨١.

*الأول:* التظلم فيجوز أن يقول المظلوم، فلان ظلمني وأخذ مالي أو أنه ظالم، ويشترط أن يكون التظلم لمن له قدرة على رفع الظلم عن الشاكى وازالة أسبابه أو التخفيف من حدته، دليله قول هند عند شكايتها له صلى الله عليه وسلم من أبي سفيان: إنه رجل شحيح(٢١).

*الثاني:* الاستعانة على تغيير المنكر بذكره لمن يظن قدرته على ازالته، فيقول: فلان فعل كذا في حق من لم يكن مجاهرا بالمعصية.

*الثالث:* طلب الفتيا: بأن يستفتى عالما أو يستشير خبيرا، فيقول فلان ظلمنى بكذا فما طريقى إلى الخلاص منه، دليل ذلك أنه لن يستطيع التوصل إلى ما يريد معرفته مما يحرم عليه أو يحل له، الا بذكر ما وقع من المذكور بما يكره.

*الرابع:* تحذير المسلمين من الاغترار بالشخص، وتنبيههم إلى مغبة التعامل معه فيما يعتقدون صدقة فيه، كجرح الرواة والشهود ومن يتصدر للافتاء والتدريس مع عدم أهليته، يدل على ذلك قول النبي ـ صلى الله عيه وسلم ـ: بئس أخو العشيرة، وقوله: اما معاوية فصعلوك لامال له، وذلك حين جاءت فاطمة بنت قيس تستشيرة صلى الله عليه وسلم في خطبة كل من معاوية بن أبي سفيان، وأبو جهم فقال، أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه على عاتقه، ثم قال لها: انكحى اسامة(٢٢).

*الخامس:* ذكر من جاهر بالفسق أو البدعة، ودليل ذلك قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: اذكروا الفاسق بما فيه كي يحذره الناس، ويشترط ان يكون الذكر محدودا بما يجاهرون به دون غيره، لان جهرهم به دليل على أنهم قد استباحوا ذلك لغيرهم فلا ينبغي ان يطالبوا ضمان فعل ما وقع منهم(٢٣).

*السادس:* التعريف بها في الشخص إذا كان التعريف به ينطوى على عيب فيه كالأعور والأعرج والأعمش، بشرط أن يكون القصد من ذكر العيب هو التعريف به، لاغيبته، وقد جمع حالات الاباحة في الغيبة ابن أبي شريف في قوله:

---

(٢١) المرجع والمكان السابقان.
(٢٢) المرجع نفسه، ص ٣٨٢.
(٢٣) المرجع والمكان السابقان.

الذم ليس بغيبة في ستة　　متظلم ومعرف ومحذر .
ولمظهر فسقا ومستفت ومن　　طلب الاعانة في ازالة منكر[٢٤].

٢٠٠ ـ رد اعتبار المضرور من الغيبة:

وقد رسمت الشريعة الاسلامية الطريق لمحو آثار الضرر الذي لحق من اغتيب في شرفه وعرضه، وهذا الطريق يكاد يكون اسلوبا من أساليب التكذيب في نشر الوقائع التي نشرت عن شخص وتنطوي على مساس بسمعته أو شرفه واعتباره، وهذا الاسلوب وأن كان من الاساليب التي يتخذها شكل التعويض في المسئولية التقصيرية عن الضرر الادبي بصفة خاصة، فان أساسه قائم في التشريع الاسلامي.

يدل على ذلك ما رواه أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: كفارة من اغتبته أن تستغفر له[٢٥]، ومن ذلك طلب صفحه وعفوه عما بدر ممن اغتابه من ضرر، فقد أخرج البخارى من حديث أبي هريرةمرفوعا: من كان عنده مظلمة لاخيه في عرضه، أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لايكون له دينار ولا درهم، ان كان له عمل صالح اخذ منه بقدر مظلمته، وان لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه[٢٦]، وقد اخرج البيهقى نحو من حديث أبى موسى، وقد دل هذا الحديث على أنه يجب استرضاء من طعن في عرضه وشرفه واعتباره، والاعتذار له، وتكذيب ماصدر عن المسئول من اضرار في حقه الأدبي.

٢٠١ ـ موقف القانون من أسباب الاباحة:

ويلاحظ أن هناك تقاربا بين الفقهين الاسلامي والوضعي فيما يتعلق بأسباب الاباحة، حيث وضع ضمن أسباب الاباحة في القذف عدة حالات منها:

٢٠٢ ـ أولا: الطعن في أعمال موظف عام أو من في حكمه:

فإذا كان القصد من تقرير العقاب على السب العلني والقذف في القانون هو حماية شرف الانسان وعرضه، فان هناك حالات تقتضي أن يضحى بالحماية في سبيل مصلحة أرجح، وذلك كما في الطعن في اعمال الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة.

(٢٤) المرجع والمكان السابقان.
(٢٥) المرجع نفسه، ص ٤٠٠.
(٢٦) المرجع والمكان السابقان.

والموظف العام هو كل شخص يقوم بالعمل في خدمة مرفق عام مملوك للدولة أو لاحد الاشخاص الاعتبارية العامة. سواء كان ذلك باجرٍ أم بدون أجر، وسواء كان على سبيل الدوام أم التأقيت(٢٧)، والمكلف بخدمة عامة هو من عهدت اليه سلطة مختصة بأداء عمل مؤقت وعارض لحساب الدولة أو شخص معنوى عام(٢٨)، والعلة في الاباحة في تلك الحالة هى الرغبة في اكتشاف ما خفى واستتر من أعمالهم الضارة بالمصلحة العامة توصلا لمحاكمتهم وتطهيرا للمصالح من شرورهم(٢٩)، وهذا يقترب مما قرره فقهاء الشريعة من اباحة الغيبة طلبا لتغيير المنكر.

**٢٠٣ ـ ثانيا: الالتزام بأداء الشهادة:**

والالتزام بأداء الشهادة واجب فرضة القانون، ومن قبل هو أمر واجب في الشريعة إذا تعين الشاهد للأداء، وقد نصت على هذا الواجب في القانون المادة ١١٩ اجراءات جنائية، حيث بينت الواجب وقررت العقاب على التقاعس عن أدائه فقالت: إذا حضر الشاهد وامتنع عن أداء الشهادة أو حلف اليمين يحكم عليه القاضي في الجنح والجنايات بعد سماع أقوال النيابة العامة بغرامة لاتزيد على مائتي جنيه، ويجوز اعفاؤه من كل أو بعض العقوبة، إذا عدل عن امتناعه قبل انتهاء التحقيق. وعلى ذلك:

فإذا انطوت الشهادة على قذف في حق أحد الاشخاص كان الفعل مباحا بشرط الا تخرج الشهادة عما يستلزمه تحقيق الدعوى، ومثال ذلك ما جاء في حكم لمحكمة النقض قالت فيه: إذا قرر الشاهد في دعوى نفقة أن المدعى عليه عنده نقود، وأنه يقرض منها بالربا الفاحش ثم رأت محكمة الموضوع في دعوى القذف التي رفعت عليه من أجل ذلك أن ماقرره عن مقدرة الزوج المالية لايخرج عما يتعلق بموضوع الدعوى التي أديت الشهادة فيها، وبرأته على هذا الأساس فانها لاتكون قد أخطأت(٣٠)، وعلة الاباحة في تلك الحالة هى الكشف عن الحقيقة ومساعدة المحكمة فيى انزال العدالة على الناس.

---

(٢٧) د. حسنين ابراهيم عبيد ـ جرائم الاعتداء على الاشخاص ـ ص ٢١٨ ـ دار النهضة العربية.

(٢٨) نقض ٢٥/ ١٢/ ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ـ٣٦٥ـ١٣٣١، وراجع د. محمود نجيب حسني ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ ص ٥٩١، دار النهضة العربية.

(٢٩) نقض ٧/ ٢/ ١٩٢٧ ـ مجموعة القواعد القانونية ففي ٢٥ عاما ـ ص ٧٣٣.

(٣٠) نقض ٤/ ٣/ ١٩٤٠ ـ مجموعة القواعد القانونية ٥ـ٧١ـ١٢٢.

**٢٠٤ ـ ثالثا: اسناد القذف من خصم لآخر في الدفاع:**

وهذه حالة ثالثة من حالات اباحة القذف في القانون. نصت عليها المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات فقالت: لاتسرى أحكام المواد ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٨، على ما يسنده أحد الخصوم لخصمه في الدفاع الشفوى أو الكتابي أمام المحاكم.

وقد وضع الفقهاء شروطا للاباحة في تلك الحالة تتمثل في ان يكون القذف صادرا من خصم لآخر، وان يقع القذف أثناء الدفاع[٣١]، وعلة الاباحة في تلك الحالة احترام حق المتقاضي في الدفاع عن نفسه. إعمالا لما نص عليه الدستور بشأن كفالة حق الدفاع في المادة ٦٥ منه، وتقترب هذه الحالة مما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية، من أن الغيبة لاتعتبر محرمة بالنسبة للمتظلم من انسان.

**٢٠٥ ـ رابعا: حق النقد ونشر الاخبار في الصحف:**

وهذه حالة رابعة من حالات الاباحة في النقد. الذي لايبعد كثيرا عن القذف، حيث عرفته محكمة النقض بأنه: ابداء الرأى في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته، فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجب العقاب عليه باعتباره مرتكبا لجريمة سب أو اهانة أو قذف على حسب الاحوال[٣٢]، ويختلف النقد عن القذف في أن الاخير يتضمن مساسا بشرف الشخص واعتبار، أما النقد فهو حكم على أي تصرف أو واقعة أو شيىء معين، ويتفقان في أن كلا منهما يتضمن رأيا في غير صالح المنقود أو المقذوف في حقه، وعلة الاباحة في النقد هى الكشف عن التصرفات الضارة التي تتعلق بالمجتمع، وهذه الحالة تقترب مما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية بخصوص حالة الاباحة في الغيبة للمحذر من المكروه والمعرف به.

والنشر في الصحافة يعتبر صورة من صور النقد المباح، إذا لم يتجاوز حدوده ويتعدى إلى التشهير والانتقام، وذلك على نحو ماقضى به من أنه: لايعد ناقدا من نشر مقالا تحت عنوان: نفقات حفلات الطرب، الم يكن الفقراء أولى بها؟، وذكر فيه أن بعض الوزراء سلكوا سلوكا معيبا في غير حدود الاحتشام. وصدر منهم من المساخر ما لا يليق

(٣١) د. محمود نجيب حسني ـ السابق ـ ص ٦١٩، د. حسنين عبيد ـ السابق ـ ص ٢٢٤.
(٣٢) نقض ٢/ ١١/ ١٩٦٥ ـ المجموعة ١٦-١٤٩-٧٨٧.

بأشخاصهم ومناصبهم[٣٣]، وقد جاء في حكم آخر أنه: متى كان المقال محل الدعوى قد اشتمل على اسناد وقائع للمجنى عليه: هى أنه (مقامر بمصير أمة وحياة شعب، وان التاريخ كتب له سطورا يخجل هو من ذكرها. وأنه تربى على موائد المستعمرين ودعامة من دعامات الاقتصاد الاستعمارى الذي بناه اليهود بأموالهم، وأنه يسافر إلى بلاد الانجليز ليمرغ كرامة المصريين في الأوحال وليخترع نوعا من التسول هو الاستجداء السياسي) فانه يكون مستحقا لعقوبة القذف المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات، إذا ان تلك العبارات تشتمل على نسبة أمور لو كان صادقة لاوجبت عقاب من نسبت اليه قانونا أو احتقاره عند أهل وطنه، ومن الخطأ اعتبار هذا المقال نقدا مباحا لسياسة المجنى عليه، وقع تحت حسن نية[٣٤].

## ( المطلب الثالث )

## الضرر الأدبي الناشىء عن زوال البكارة

٢٠٦ ــ ومن صور ضمان الضرر غير المالي، الماس بالشرف والاعتبار ما قرره الفقهاء من ضمان ارش البكارة، إذا جاء اتلافه نتيجة غصب أو اكراه، يدل على ذلك ما ذكره ابن قدامة قال: ومن غصب جارية فوطئها فهو زان لانها ليست زوجة له ولا ملك يمين، فان كان عالما بالتحريم فعليه حد الزنا. وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة لان هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها (ويفهم من عبارته انها لو كانت حرة وطاوعت لامهر لها وهو قول الشافعي في الامة المطاوعة مستدلا بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن مهر البغى) ولأنه حق للسيد مع إكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها، ويجب أرش بكارتها لانه بدل جزء منها، ويحتمل أن لايجب لان مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة[٣٥].

---

(٣٣) نقض ٤/ ١/ ١٩٣٢ ـ المجموعة ٢ ـ ١١-٣٩٧.

(٣٤) نقض ١٥/ ٦/ ١٩٤٨، وقد سبقت الاشارة اليه.

(٣٥) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٥ ـ ص ٢٦٧ ـ مكتبة الرياض الحديثة. والبكارة لغة: من البكر وهى العذراء، وازالة البكارة: هى التعدى على المرأة بما يزيل غشاء بكارتها أو عذريتها، راجع: مختار الصحاح ـ ص ٦١.

ويقول في الاكراه: ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها، لأنها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة، فان كانت حرة كان المهر لها، وان كانت أمة كان لسيدها، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لايجب المهر، لانه وطء يتعلق به وجوب الحد. فلم يجب به المهر كما لو طاوعته، ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة، فإذا كان الواطىء من أهل الضمان في حقها، وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة. وروى عن أحمد رواية ان الثيب لا مهر لها وان أكرهت، نقلها ابن منصور، وهو اختيار أبي بكر، والصحيح الاول لانها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبكر؛ ويجب ارش البكارة مع المهر كما قدمنا[٣٦].

٢٠٧ ـ **أقول**: ويبدو مما ذكره ابن قدامة: ان ارش البكارة يعتبر مضمونا ضمانا مستقلا عن جريمة الزنا، وعن وجوب المهر للوطء، وان كانت طريقة ضمانه مختلفة في أقوال الفقهاء، حيث يرى بعهضم أنه يقدر كضرر مستقل وضمن زيادة على ما يجب بجريمة الزنا والمهر، وبعضهم يرى أن ضمانه داخل ضمن مهر البكر إذ العادة أن مهرها مرتفـع لانه متضمن لماضمن البكارة، وتقدير التعويض عن الضرر في ازالة البكارة يغلب عليه الطابع النفسي، لان الضرر المادى الناتج عن الجريمة والاكراه عليها، قد ضمن بالحد والمهر، فلم يبق الا أن يكون ضمان الارش ممثلا للابعاد النفسية والمعنوية للجريمة، وتلك هى فكرة الضرر الأدبي.

---

(٣٦) المغنى ـ جـ ٥ ـ ص ٢٧٢، جـ ٦ ـ ص ٧٤٩: حيث يقول: وذكر القاضي في رواية أبى طالب في حق الاجنبيـة إذا اكـرهها على الـزنـا وهى بكر فعليه المهر وارش البكارة. وهذا قول الشافعي، وفي قول لايجب الارش مستقلا، بل يدخل في مهر البكر، لكون المهز الواجب هو مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها، فكانت الزيادة في المهر تمثل مقابلا لما اتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية، يحققه انه إذا أخذ ارش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كانها معدومة، فلايجب لها الا مهر ثيب، ومهر الثيب مع ارش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه. المرجع نفسه ـ ص ٧٥٠.

# الفصل الثالث
# الضرر الأدبي الذي يصيب مشاعر الانسان

٢٠٨ ـ وذلك النوع من الضرر الأدبي يمس الانسان في عاطفته وشعوره، وطاقة الحنان الموجودة في فطرته، ومن أمثلة ما يحدث للانسان من الم الاعتداء على أولاده أو أمه أو أبيه أو زوجته، وكذلك مايحدث للام التي انتزع طفلها من حضنها أو خطف، فهذه الاعمال كلها، تصيب المضرور في عاطفته وشعوره، وتدخل إلى قلبه الغم والاسى والحزن[١]، ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي[٢].

وقد نظر فقهاء الشريعة الاسلامية إلى مسألة خطف الطفل في باب السرقة من خلال بيانهم للمال المسروق حيث ذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، إلى أن خطف الطفل لايعد سرقة لان الحر ليس بمال فلا تقطع يد السارق به[٣]، وذهب المالكية والظاهرية إلى أن الحر الصغير كالعبد في حكم المالية فتقطع به[٤]، كما ان

---

(١) د. السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص ٨٦٥، د. أنور سلطان لسابق ـ ص ٥٢٤، د. أحمد سلامة ـ السابق ـ فقرة ١٨١، ود. نعمان جمعة ـ المصدر السابق ـ ص ٥٧، د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ٤٨٤، د. توفيق فرج ـ مصادر الالتزام ـ ص ٣٨٩، طبعة ١٩٧٨م.

(٢) ومن تطبيقات الضرر الأدبي الذي يمس الانسان في شعوره الادبي، ما قضت به محكمة النقض بتاريخ ١٠/١٢/١٩٥٣ـ طعن رقم ٣٤٤ س ٢١ ق ـ مجموعة القواعد القانونية لربع قرن، رقم ٣٢، ص ٢٦٣، وقد جاء في هذا الحكم: إذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتعويض على أساس ان اخلال الشركة المطعون عليها قد اخلت بالتزامها معه، مما ضيع عليه فرصة كان يترقبها وهي ظهور الافلام وذيوع شهرته من خلالها، فانه يكون من غير المفيد الطعن على الحكم بأنه قد وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدبي فحسب، بينما يرى الطاعن انه ضرر مادى، موسوعة القضاء في المسئولية المدنية ـ جـ ٢ ـ ص ١٠٩ ـ عالم الكتب ١٩٧٩.

(٣) راجع: شرح فتح القدير ـ جـ ٥ ـ ص ٣٦٩، ونهاية المحتاج ـ جـ ٧ ـ ص ٤٦٠، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ١٠ ـ ص ٢٤٥.

(٤) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٣٩١، والمحلى لابن حزم ـ جـ ١١ =

الاعمال التي تصيب الشخص في معتقداته الدينية قد تكون جريمة الردة، اذا وقعت من مسلم، واذا وقعت من غير مسلم ذمى فإنها تعد نقضا لعهده .

## ٢٠٩ ـ تطبيقات الضرر الأدبي الذي يمس المشاعر والعواطف:

والضرر الادبي الـذي يصيب الانســان في مشاعره وعواطفه اكثر تطبيقا في الفقه الاسلامي، حيث أبرز الفقهاء خصائص هذا الضرر وبينوا كيفية ضمانه من خلال استجلاء غايات الاحكام الواردة بشأنه وبيان الحكمة من تقريرها، ومن المؤكد بالنسبة لنا، ان ماهو موجود يكتب الفقهاء القدامى يصلح لان يضع أساسا لتأصيل أحكام الضمـان في هذا الجانب الحيوي من جوانب الحياة، واعطاء حكم واضح يقدر على علاج ما يتعلق به من آثار.

. . واذا كان الامر يتعلق بمدى ضمان الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الانسان وعـواطفه، فان طبيعة هذا النوع من الضرر تكاد تكون أكثر وقوعا في ساحة الحياة الاجتماعية، حيث يعيش الرجل مع المرأة، ويرتبط معها بروابط الود، ووشائج الرحمة، وذلك بحكم التقارب الفطر الذي ركبه الله في قلب كل منهما تجاه الأخر وعبر عنه القرآن الكـريم أبلغ تعبير في قول الله تعالى: ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها، وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لأيات لقوم يتفكرون(٥).

ولاشك ان كلا من الرجل والمرأة بحكم ما ركب الله في كل منهما من فطرة مدفوع نحو الاخر بمشاعر الود، وأحاسيس الحنان، بحثا عن هدؤ الخاطر وراحة البال، وقد نظم الشارع الحكيم هذا التقارب النفسي بين الرجل والمرأة ووضع له الضوابط الشرعية التي يجتمعان معا في ظلالها، ويعيشان معا في ضوء أحكامها، واذا جمع عقد النكاح بين رجل وامرأة، وارتبطا معا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، كانت مشاعر كل واحد منهما تجاه الأخر في ظل هذا العقد في قمة السعادة، وفي غاية الامل خاصة مشاعر المرأة التي تجد في ارتباطها بزوج توازنا نفسيا يمثل بالنسبة لها أقصى ما تطمح اليه في حياتها.

---

= ـ ص ٤٠٦، ولذلك فانني سأكتفي في بيان حكم تلك الاعمال في الفقه الاسلامي بالاحالة إلى باب الردة في المذاهب المختلفة.

(٥) سورة الروم ـ آية ٢١.

٢١٠ ـ وأحكام التشريع الاسلامي لم تغفل قيمة هذا الجانب النفسي والحيوي والهام في حياة كل من الرجل والمرأة، وقدرت ان كل مسلك يصدر من أحدهما وينطوي على مساس بمشاعره، ونيل من عواطفه، يعتبر ضررا محققا قد يقصر عن بلوغ مكانته في نفس كل من الرجل والمرأة، أى ضرر غيره، ولذا قرر له الشارع حكما يحمل معنى الضمان وان كان لم يصرح بذكره، ربما لان علاقة الرجل بالمرأة أسمى، وأجل من أن توزن بما يوزن به غيرها، وقد جاء هذا الحكم في أحوال فرق النكاح بين الزوج والزوجة، كما اثير في الفقه أيضا بخصوص مدى مشروعية التعويض عن الضرر الناشىء عن فسخ الخطبة. ومن المؤكد أن تلك الاضرار يغلب عليها الطابع الأدبي الذي يمس بصورة ملموسة عواطف الانسان ومشاعره.

**٢١١ ـ أحوال الضرر الأدبي الذي يمس عواطف الانسان:**

والضرر الذي يمس العواطف وينال من المشاعر قد يأتى في مقدمات الزواج من خلال الرجوع في الخطبة، وقد يأتي بعد الزواج، وفي الحالة الاخيرة، فانه قد يأتى من قبل الزوج وقد يأتى من قبل الزوجة، وهذا يقتضى الاشارة إلى الضرر الادبي الذي يمس العواطف الانسانية من جراء الرجوع في الخطبة وإلى الضرر الادبي الذي يمس العواطف الانسانية من جراء وقوع الطلاق أو ايقاعه، ومن ثم فأننا سنعالج مسائل هذا الموضوع من خلال مبحثين، أولهما: للضرر الادبي الناشىء عن فسخ الخطبة، وثانيهما: للضرر الادبي الناشىء عن الطلاق.

## ( المبحث الأول )

## الضرر الأدبي الناشىء عن الرجوع في الخطبة

٢١٢ ـ والضرر الأدبي الناشيء عن فسخ الخطبة، قد خطى باهتمام الفقهاء في كل من الشريعة والقانون، خاصة مايتعبق بمدى ضمانه، وان كان مجال الفصل بين الاتجاهين في مجال أحكام الاسرة غير واضح لان قانون الاحوال الشخصية الذي ينظم أحكام الاسرة كما هو معروف مأخوذ من أحكام الشريعة الاسلامية مباشرة، ومع ذلك فان الاشارة إلى اتجاه فقهاء القانون والشريعة في تلك المسألة سيفيد في تعميق معنى الضمان في هذا النوع من الضرر ومن ثم تجدر الاشارة إلى ذلك من خلال مطلبين.

### ( المطلب الأول )

### اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض عن فسخ الخطبة

٢١٣ ـ من المعروف في فقه القانون أن الخطبة ليست عقدا ملزما، لانه لايجوز أن يتقيد شخص بالزواج من شخص معين[٦]، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام، الذي يقرر حق الانسان في اختيار من يريده في عقد النكاح، ولكن فسخ الخطبة أو الاخلال بالوعد بالزواج إذا لم يكن خطأ عقديا، فانه قد يكون خطأ تقصيريا يوجب التعويض، ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادى في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية، والاصل أن

---

(٦) د. سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات على الاحكام في المسئولية المدنية ـ ص ١٨٨، حيث يعرف الخطبة بأنها ارتباط أدبي أباحه الشارع الاسلامي كسياج يمنع الاعتداء عليه، حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا. والمسألة كلها مراعى فيها ناحية الآداب والديانة لاغير، وكان ماذهب اليه د. السعيد مصطفى السعيد في رسالته بالفرنسية عن مدى استعمال حقوق الزوجية ـ ص ٨٢، و ص ١١٧، حيث انتهى إلى أن الخطبة عقد مستحب تنشأ عنه ارتباطات، وان العدول عنه حق مقيد استعماله بحكمة خاصة، مشار اليه في سليمان مرقس ـ المرجع والمكان السابقان، وقد انتقد هذا الاتجاه بما قرره المرحوم الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم في مقدمة الرسالة المذكورة: ان اعتبار الخطبة عقد لا تساعد عليه النصوص الفقهية، المرجع نفسه ـ ص ١٨٩.

فسخ الخطبة لايجعل حقا في التعويض الا عن الضرر المادى، لكن هذا لايمنع أن يكون متمخضا عن ضرر أدبي يستوجب التعويض(٧).

٢١٤ ــ وقد استقرت هذه المعانى في القضاء المصرى بعد اضطراب وتأرجح انتهى إلى ان العدول عن الخطبة يستوجب التعويض إذا نشأ عنه ضرر سواء كان هذا الضرر بسلوك الخطيب أثناء الخطبة، أو بعدوله عنها بكيفية ضارة، على نحو يتسبب في احداث اضرار مادية أو أدبية، وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية: من أن الخطبة تنشىء علاقات بين الطرفين لايجوز تجاهلها، كما لايمكن اغفال اعتبارها، ولاتحريرها من أى تقدير قانونى، ففيها يصدر ايجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين باجراء التعاقد النهائى في الوقت الملائم، وانه وان كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عينا، أى اجراء هذا التعاقد النهائى، لان الوعد بالتعاقد لاينشىء الا حقا شخصيا، الا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض، وليس في هذا مساسا بحرية الزواج اطلاقا، اذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده، ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أو عنف أو خاليا مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع، أو لمجرد الهوى، فان ذلك يوجب التعويض، والتعويض الادبي لايقصد به الاثراء، ولكن لرد الكرامة ومحو الاثر السيىء الذي تخلف عن فعل المخطىء، كما تستحق الخطيبة تعويضا ماديا عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها مادامت لاتضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح(٨)، فإذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى الحقت ضررا بأحد الخطيبين جاء الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية سواء كان الضرر أدبيا أو ماديا، وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في حكم لها قالت فيه: إن الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لايقيد أحدا من المتواعدين، فلكل واحد منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا، وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع لان عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تفوت هناءة دهر وتجلب شقاء سنين، وهذا لايكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد

(٧) الوسيط ـ للسنهورى ـ جـ ١ ـ ص ٨٢٧، والاحكام المشار اليها فيه، وراجع: د. عبدالمنعم فرج الصده ـ مصادر الالتزام ـ ص ٥٦٢ـ دار النهضة العربية ١٩٧٩م.

(٨) محكمة سوهاج الكلية في ٣٠/ ١٩٤٨/٥، المحاماة ٢٨-٤٣٤ ـ ١٠٥٦.

وعـد فعـدول، قد لازمتهـا افعال أخرى مستقلة عنها استقلالا تاما، وكانت هذه الافعال قد الحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فانها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هى في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - افعال ضارة موجبة للتعويض[٩].

## ( المطلب الثاني )

## الضرر الأدبي الناشىء عن فسخ الخطبة عند فقهاء الشريعة

٢١٥ ــ من المقرر في الفقه الاسلامي أيضا أن الخطبة ليست عقدا قد التزم فيه طرفاء التزامات لها قوة الالزام، ولكن أقصى ماتدل عليه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا يعقد، وليس للوعد بعقد قوة الزام عند الجمهور. خلافا لما ذهب اليه المالكية في قول عندهم صححه ابن الشاط في حاشيته على الفروق[١٠]، وهو مذهب ابن شبرمة[١١] وقـول عند الحنابله[١٢] استدلالا بقول الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لاتفعلون[١٣]، حيث إن الوعد إذا اخلف يكون قولا بلا فعل فيلزم أن يكون كذبا محرما، وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم خلف الوعد من آيات المنافق فيما أخرجه البخارى، انه صلى الله عليه وسلم قال: آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان[١٤]، والادلة في تحريم خلف

(٩) نقض مدني في ١٤/ ١٢/ ٩٣٩/ مجموعة عمر ٣-١٤-٣٠. وراجع: السنهورى - نظرية العقد فقرة ٤٨٠، والوسيط جـ ١ - ص ٨٣، ود. عبدالمنعم فرج الصده - السابق - ص ٥٦٢ والاستاذ مصطفى مرعى في المسؤلية المدنية - ص ١١٥ - فقرة: ١٢١، ود. سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٦٣ وما بعدها. وراجع في اساس المسئولية في العدول عن الخطبة رسالة د. السعيد مصطفى السعيد - مدى استعمال حقوق الزوجة - من جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦ - ص ٥٣، وما بعدها، وص ٨٢ وص ١١٧، وراجع بحوث وتعليقات على أحكام المسئولية المدنية للدكتور سليمان مرقس - السابق - ص ٥٨ وما بعدها.

(١٠) ابن الشاط - ادرار الشروق على انواء الفروق، بهامش الفروق للقرافي - جـ ٤ - ص ٢٤، دار احياء الكتب العربية.

(١١) المحلى لابن حزم - جـ ٨ - ص ٣٧٧.

(١٢) كشاف القناع - جـ ٣ - ص ٣١٦، والفتاوى الكبرى لابن تيمية - جـ ٣ - ص ٤٧٤.

(١٣) سورة الصف - الأيتان: ٢، ٣.

(١٤) أخرجه البخارى، راجع: فتح البارى - جـ ٥ ص ٢٨٩.

الوعد كثيرة خاصة إذا كان الوعد قد ترتب عليه خسارة مالية، وهذا النوع من الوعد هو المعروف عند المالكية: بالعدة إذا كانت على سبب ودخل الموعود فيه فانها تلزم بحصوله[١٥].

٢١٦ — والواقع ورغم قوة الادلة التي يقوم عليها رأى القائلين بالزام الواعد، وانه يجب الوفاء به قضاء، الا أن الخطبة بصفة خاصة لايسلم لها هذا الحكم، لان الوفاء بالوعد فيها اثرة عشرة عمر، والالزام فيها ينطوى على حرج لايطاق، ومشقة تفسد معنى الحياة، ومن ثم فان المصلحة توجب ان يكون كل من طرفي العقد له الحرية التامة قبل ابرامه، لانه عقد الحياة، ومن المصلحة فيه التروى وترديد الامر فيه قبل إتخاذ القرار، حتى إذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبه، ولو الزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على عقد تقتضي المصلحة الراجحة فيه أن لايتم الابعد رضا تام واقتناع مطلق[١٦] والقول بالزام الوفاء بالوعد مطلقا، لايستقيم مع هذ المعنى في الخطبة، وينبغي صرفه إلى غير الخطبة من المعاملات المالية وغيرها.

لكن القول بعدم الزام الخطبة لايمنع من حصول اضرار تترتب على هذا العدول، وهذه الاضرار رغم أنه قد يغلب عليها الطابع المادى، كما إذا قامت المخطوبة باعداد الجهاز أو تركت عملها الذي كانت تتكسب منه، أو قام الخاطب باعداد مسكن خاص اشترطته عليه المخطوبة، ثم عدلت هى عن الخطبة، فان هذا وغيره يعتبر من الاضرار المادية التي تنشأ عن العدول.

وبجانب هذه الاضرار المادية يوجد نوع آخر من الضرر لايقل عن هذه الاضرار اثرا في نفس الخاطب أو المخطوبة، بل قد يزيد، وهو الضرر الأدبي او المعنوى الذي يتمثل في جرح الشعور والاحساس[١٧] وتعريض الطرف الآخر للاقاويل والشائعات، فهل يرقى هذا الضرر لان يضمن في الفقه الاسلامي؟، ذلك ما ينبغي النظر فيه.

---

(١٥) الحطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مع فتح العلى المالك ـ جـ ١ ـ ص ٢٥٦ وما بعدها.
وراجع الالتزامات في الشرع الاسلامي ـ للشيخ أحمد ابراهيم ـ ص ٢١٦، دار الانصار.

(١٦) في هذا المعنى: محمد أبو زهرة: الاحوال الشخصية، ص ٣٨ ـ دار الفكر العربي.

(١٧) د. ذكي الدين شعبان ـ الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية، فقرة ٥٥ ـ ص ٧٩ ـ منشورات الجامعة الليبية سنة ١٩٨٣م.

### ٢١٧ ــ ليس في كتب القدامى ذكر لهذه المسألـــة:

وبالنظر في كتب الفقه في المذاهب المختلفة، لانجد فيها ذكرا لهذه المسألة، اذ يبدو أن طبيعة الحياة الاجتماعية في زمن اولئك الفقهاء لم تكن تسمح باثارة مثل هذه المسألة حتى يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل واصدار الحكم فيها، لان مظهر الحياة الاجتماعية المعاصرة فيما يتعلق بمقدمات الزواج ربما ينطوى على مخالفة واضحة لما تقضي به الاحكام الشرعية، مما لم يكن موجودا عندهم، فالاسلام لايبيح للخاطب الا النظر والحديث إلى مخطوبته والجلوس معها بحضور محرم لها، ولايتصور في مجتمع يقوم على قيم الاسلام وآدابه أن يلتقي الخاطب مع مخطوبته الا مرة أو مرتين مع محرم أن تنشأ فيه مثل تلك المشكلات، أما ما استقرت عليها بعض العادات السيئة، والاعراف الضارة من الاختلاط الزائد والخروج دون محرم، والظهور أمام الناس بمظهر أقرب إلى الزوجة منه الخطوبة، وما ينشأ عن ذلك من اضرار تلحق بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لم يكن موجودا في عهد هؤلاء الفقهاء، ولا هو موجود في البيئات التي تتمسك بتعاليم الاسلام(١٨).

ولكن المسلمين حين انحرفوا عن تعاليم الاسلام في كثير من المجتمعات، وقلدوا الاجانب فسمحوا للخاطب ان يخرج مع خطيبته وحدهما، ترتب على ذلك اضرار لحقت بالمرأة عندما يعدل الخاطب ولايتم الزواج، مما دعا الفقهاء المحدثين إلى البحث عن هذه الاضرار وبيان حكم الشريعة منها.

### ٢١٨ ــ أساس قيام الضرر في العدول من الخطبة:

ولقد كان رائد الفقهاء المحدثين، وهم بصدد البحث عن أحكام شرعية تواجه ماستجد في حياة المسلمين من اضرار أدبية تلحق بالمخطوبة إذا حصل العدول من الخاطب بعد اختلاط وخروج ودخول أمام الناس، أقول: لقد كان رائد الفقها في تكييف الضرر الحاصل والبحث عن أساسه أمرين:

**أولهما**: الرجوع إلى أقوال قدامى الفقهاء في طبيعة الخطبة، وهي تكاد تجمع على أن الخطبة وعد غير ملزم شرعا(١٩).

---

(١٨) المرجع السابق ـ ص ٨٠.

(١٩) أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٣٨، وزكى الدين شعبان ـ المكان السابق.

**ثانيهما**: الرجوع إلى القواعد الفقهية التي تحكم الضرر.

وقد ترتب على اعتبار الاساس الاول وقد انتهى إلى أن الخطبة وعد غير ملزم أنه يجوز لكل من طرفيه أن يعدل عن الخطبة في أي وقت مادام عقد الزواج لم يتم بينهما، ومتى كان العدول حقا لكل منهما، فلا ضمان عليه في استعماله، لما هو مقرر شرعا: ان الجوار الشرعي ينافي الضمان، وان من استعمل حقه الشرعي لايكون ضامنا ولا مطالبا بالتعويض عن الضرر الناشىء عن هذا الاستعمال، ومقتضى هذا الا يحكم بالتعويض عن الضرر الناشىء عن فسخ الخطبة، سواء كان ضررا أدبيا أم ماديا، وسواء كان للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل في ذلك[٢٠].

كما يترتب على اعتبار الاساس الثاني، وهو مراعاة القواعد الشرعية التي تحكم الضرر، والتي تقضى برفعه أن نفرق بين حالتين:

٢١٩ ـ **الحالة الاولى**: ان يكون للعادل عن الخطبة دخل في حصول الضرر الذي لحق بالطرف الاخر سواء كان ضررا ماديا أم أدبيا بمعنى أن يكون الضرر ناشئا عن فعله الشخصي وليس عن مجرد العدول كما لو طلب جهازا خاصا أو يحمل المخطوبة على ترك وظيفتها، أو يقترن العدول بتصرفات طائشة من العادل توحى بأنه قد عدل لقادح في عرض أو شرف مما يسيء إلى المخطوبة اساءة أدبية، أو يشيع عنها ما يقدح في خلقها، أو يمس سلامة بدنها كزوجة في المستقبل. أو يكون الغدول قد تم دون مسوغ مقبول مما يسفر عن طعن للمخطوبة في مشاعرها وعواطفها. وفي تلك الحالة يكون العدول تغريرا وضررا موجبين للضمان.

٢٢٠ ـ **الحالة الثانية**: أن يخلو العدول مما يوجب الضمان أى يقتصر أمره على مجرد استعمال حق العدول دون مجاوزه له أو اساءة في استعماله، وهنا لايتقرر الضمان[٢١]، ولا تعارض بين كون العدول حقا، وبين تعويض الضرر، لان التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشىء عن العدول بعد السير في أسباب الزواج كما ذهب المالكية في رأى لهم في الوعد سبق بيانه، ولئن كانت المصلحة تقتضى عدم

(٢٠) د. زكى الدين شعبان ـ المرجع والمكان السابقان.
(٢١) زكى الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٨١، أبو زهرة.

تنفيذ الوعد عينا باتمام الزواج، فلا أقل من التعويض عن الاضرار التي نشأت عنه، وكان السبب فيها هو العادل فإن لكل حق ميقاتا معلوما في حكم الشرع والانصاف[٢٢].

وقد استقر القضاء في مصر على هذا الذي قرره الفقهاء وانتهى كما رأينا إلى أن الخطبة ليست بعقد ملزم، وان مجرد العدول عن الخطبة لايكون سببا موجبا للتعويض، وان العدول عن الخطبة إذا اقترن بأفعال أخرى االحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية[٢٣].

وفي رأينا أن ما انتهى اليه القضاء في هذا الموضوع يتفق مع القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان، وما تقتضية الاحكام الشرعية في هذه المسألة ويكون القانون قد تلاقى مع مبادىء الشريعة منها.

---

(٢٢) أبو زهرة - المرجع نفسه - ص ٤٠، د. محمد يوسف موسى - احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي - ص ٤٩ فقرة ٥٤ - طبع ١٩٥٨ مؤسسة الخانجي بالقاهرة، د. محمد مصطفى شحاته الحسيني - الاحوال الشخصية - ص ١٧ - طبعة ١٩٨٣م، د. محمود الطنطاوى - الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ص ٢١، وما بعدها - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية، د. وهبة الزحيلي - الفقة الاسلامي وادلته - جـ ٧ - ص ٢٧ وما بعدها. دار الفكر.

(٢٣) قررت محكمة النقض هذه المبادىء في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩، السابق الاشارة اليه، وراجع: د. زكي الدين شعبان - المصدر نفسه - ص ٨٢ وما بعدها، د. بدران ابو العينين بدران - الزواج والطلاق في الاسلام - ص ٣٤ - مؤسسة شباب الجامعة.

## ( المبحث الثاني )
## الضرر الادبي الناشيء عن الطـلاق

٢٢١ ــ ولا يقتصر حصول الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الانسان وعواطفه على مجرد العدول عن الخطبة، فان هذا العدول قد يكون ضرره محتملا، كما أن وقعه قد يكون مستساغا إذا اسفر الفسخ عن مصلحة تعود على كلا الطرفين قبل أن يشرعا في رابطة تكلف كل واحد منهما عبئا ماليا ونفسيا، ربما يكون التخلص منه بعد ذلك أمرا مرهقا، ولذلك كان الطلاق متضمنا لحصور ضرر أدبي ملموس وواضح، والضرر الادبي في الطلاق أكثر منه وجودا وأثرا في العدول عن الخطبة، ولذلك فانه قد حظى باهتمام التشريع الاسلامي الذي نظم طرق استحقاق التعويض عن الضرر الادبي الناشي من خلال تنظيم الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتي من أهمها المتعة، وكذلك من خلال اقرار الشريعة الاسلامية لبدل الخلع، ومن المؤكد ان أحكام الشريعة الاسلامية المقررة في هذا المجال معمول بها في مجال الفقه الوضعي والقضاء، لأن أصل القانون المعمول به فيها مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبقت الاشارة إلى ذلك، ولكن يبدو أن القضاء المصرى في هذا المجال قد اتجه نحو تقدير التعويض عن مجرد الضرر الأدبي أو النفسي الذي ينشأ عن الطلاق مجردا، وهذا التعويض يعتبر في فقه القانون أمرا زائدا على الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتي قررتها أحكام الشريعة الاسلامية، ولذلك ينبغي تحليل اتجاه الفقه الوضعي والقضاء بخصوص هذا الموضوع، مع بيان اتجاه الفقه الاسلامي بصدد تنظيم الاثار المالية الناشئة عن الطلاق، والتي يمكن النظر اليها وفقا لطبيعتها على أنها نوع من التعويض عن ضرر أدبي، وسوف نعالج مسائل هذا البحث من خلال مطلبين:

## ( المطلب الأول )
## الضرر الأدبي الناشيء عن الطلاق في الفقه الاسلامي

٢٢٢ ــ من المعروف ان الطلاق يترتب عليه ضرر أدبي لكل من الزوج والزوجة، وأن وجود هذا الضرر في جانب كل منهما متوقف على تصرف كل واحد منهما قبل صاحبه، أى أن وجود الضرر الناشيء عن الطلاق بالنسبة لكل واحد من الزوجين على حده يعتبر أمرا نسبيا، لأن الطلاق إذا أوقعه الرجل، فانه يكشف عن رغبة له في المفارقة

ينتفي معها القول بحصول ضرر له فيه، والا لما أوقعه، وإذا طلبت المرأة فراق زوجها على مال، فان عملها هذا لايمكن القطع بحصول ضرر لها فيه، وانما الذي يمكن الجزم به أن الطرف الذي أوقع عليه الطلاق هو المضرور، ومن ثم فان محدث الضرر قد يكون هو الزوج وقد تكون هي الزوجة.

**٢٢٣ ــ الضرر الذي يحدث من جانب الزوج:**

وفرق النكاح قد يأتى من قبل الرجل، وفي ظل تغير حدث في قلبه، وتحول طرأ على مشاعره، دون أن يكون لدى المرأة ما يقابله، بل ودون أن يكون لدى المرأة أى رغبة في فراقه، فإذا ما فوجئت بهذا التحول في قلب زوجها، استشعرت أن الحياة تنهار من حولها، وأن آمالها في طريقها للذبول والموت، وهنا يكون ضررها شديدا، والمها كبيرا، وشدة الالم لدى المرأة من فراق زوجها لها تختلف في دوافعها بعد عقد النكاح وقبل الدخول، عنها بعد الدخول وطول العشرة، ولذلك قدر الشارع طبيعة الضرر النفسي الواقع على الزوجة في كلتا الحالتين ووضع له مقابلا من المال يغلب على تكييفه أنه مقابل لما أصابها من ألم الفراق ووحشة البعاد، وهذه المعاني لاتبعد كثيرا عن مفهوم الضرر الادبى كما سنرى.

**٢٢٤ ــ الضرر الذي يحدث من جانب الزوجة:**

وحصول الضرر النفسي الناشيء في اطار علاقة الزوجية لايقتصر على الرجل وحده، بل للمرأة فيه حظ وافر، فقد تأتى النفرة من قبلها، وترغب في فراق زوجها لانها تكرهه ولا تطيق عشرته، وهذا المسلك من قبلها قد يدفعها إلى افتداء نفسها من زوجها نظير مبلغ من المال على نحو ما ورد في الخلع ونتناول هاتين الحالتين بالتوضيح الذي يبرز معنى ضمان الضرر الادبي فيهما، وذلك من خلال دراسة أحكام كل حالة في فرع على حدة.

## ( الفرع الأول )
## الضرر الأدبي الناشيء عن الطلاق من قبل الزوج

٢٢٥ ــ والضرر الحاصل من قبل الزوج ـ كما سبقت الاشارة ـ يختلف في طبيعته وجسامته قبل الدخول، عنه بعده، لان العشرة الزوجية، واعتياد نفس الزوجة عليها، يزيد من وحشة الفراق، ويضاعف ألم البعاد عما الفته واعتادت عليه، ولذلك قرر

الشارع للمرأة نصف المهر المسمى في الحالة الاولى، والمتعة في الحالة الثانية، ونشير إلى هذين الامرين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة.

**٢٢٦ ـ أولا: وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول:**

إذا حصل الطلاق قبل الدخول، وقبل الخلوة الصحيحة، فانه يجب للزوجة نصف المهر وذلك إذا كان المهر قد سمى في عقد الزواج تسمية صحيحة، وحصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج، سواء أكانت هذه الفرقة طلاقا أم فسخا، كالفرقة بلفظ الطلاق، أو بسبب الايلاء واللعان، وكالفرقة بسبب ردة الزوج عن الاسلام أو اباء الزوج غير المسلم عن الدخول في الاسلام بعد أن اسلمت الزوجة(٢٤).

دليل هذا الحكم قول الله تعالى: ﴿وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم﴾(٢٥)، حيث دل هذا القول الكريم على وجوب نصف المهر للزوجة إذا كان المهر مفروضا، أى مقدرا تقديرا صحيحا، ومن لطف التشريع في هذه المسألة، أنه قد ارشد الازواج إلى عدم المطالبة بما يستحقون من التنصيف لو قدم أحدهم جميع المهر ثم حدث الافتراق، يقول الله تعالى: ﴿الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح، وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم﴾(٢٦)، وقد روى الدار قطني عن جبير بن مطعم انه تزوج امرأة من بنى نضر، فطلقها قبل الدخول بها فأرسل اليها بالصداق كاملا وقال: الا ان يعفون، وأن أحق بالعفو(٢٧).

٢٢٧ ـ وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخول الحقيقي، والحكمي يتفق مع القواعد الفقهية لان الطلاق قبل استيفاء اى حكم من أحكام العقد، يقتضى نقضه من أصله، ومن شأن هذا النقض أن لايثبت أى حكم من أحكامه، فلايجب من المهر شيء، ولكن الطلاق في ذاته انهاء للعقد. وليس نقضا له، كما ان انهاء العقد يقرر

(٢٤) راجع: بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٢ ـ ص ٢٩٦، بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٢٣، وما بعدها، والمهذب ـ جـ ٢ ـ ص ٥٩، وكشاف القناع ـ جـ ٥ ـ ص ١٦٥.

(٢٥) سورة القرة آية ٢٢٧.

(٢٦) تكملة الآية السابقة.

(٢٧) مشار اليه في: الاحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شحاته ـ السابق ـ ص ٧٠.
وراجع: د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٢٨٧، د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٢١٣، د. وهبة الزحيلي السابق ـ ص ٢٩٣، الشيخ محمد أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٢٢٤.

أحكامه السابقة على الانهاء ولايلغيها، فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله. فكان من النظر لهذين المعنيين من غير ترجيح لأحدهما على الآخر، ان يجب نصف المهر. اذ أن النظر الاول ينفي المهر كله. والثاني يثبته كله فتوسطا بين الامرين وجب التنصيص[٢٨].

٢٢٨ ـ ولايشترط للتنصيف أن يكون المهر قد سمى في عقد النكاح، بل يجب التنصيف حتى ولو كان المهر قد فرض بعد العقد، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء استدلالا بقول الله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم، حيث بينت الاية ان الواجب نصف المهر، سواء كانت التسمية وقت العقد أم بعده، ولان التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقته، بدليل أنها تكون واجبة أن تأكد المهر بدخول أو وفاة[٢٩].

وقد ذهب الحنفية إلى خلاف ذلك، وفي هذا المعنى يقول الزيلعي: وما فرض بعد العقد أو زيد لايتصنف، يعنى إذا تزوجها، ولم يسم لها مهرا، أو نفاه بأن قال زوجيني نفسك على الامهر لك، فقالت: قبلت، ثم تراضيا على التسمية، وسمى له بعد العقد، أو تزوجها على مهر مسمى، ثم زادها بعد ذلك وطلقها قبل الدخول بها، فان ماوجب بعد العقد ولا الزائد المسمى، لايتنصف بل تجب المتعة في الاول، ونصف المسمى عند العقد في الثاني ويسقط الزائد، وكان أبو يوسف أولا يقول بتنصيف المفروض بعد العقد والزائد بعده وهو قول الشافعي في المفروض بعده دون الزائد لعدم صحة الزيادة بعده[٣٠].

والحنيفة ـ كما يبدو من أقوالهم ـ وان كانوا يقولون بعد م وجوب نصف المهر غير المسمى في العقد عند الطلاق قبل الدخول، فانهم يوجبون عوضا عنه وهو المتعة، حيث يقولون بوجوبها في هذا الموطن، والضابط في هذا عندهم كما يقول الكاساني: ان كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في زواج لاتسمية فيه للمهر توجب المتعة،

---

(٢٨) د. محمد الحسيني شحاته ـ السابق، أبو زهرة ـ السابق ص ٢٢٥.

(٢٩) راجع في هذا المعنى: الام ـ جـ ٥ ـ ص ٦١، قليوبي وعميرة جـ ٣ ـ ص ٦٩، ومنار السبيل ـ جـ ٢ ـ ص ٢٠، وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦، أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٢٢٥، د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٢١٤، زكي الدين شعبان ـ ص ٢٨٨ د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ١٩٧.

(٣٠) تبيين الحقائق ـ للزيلعي ـ جـ ٢ ـ ص ١٤١، وبدائع الصنائع ـ جـ ٢ ـ ص ٢٩٨، وما بعدها.

لان هذه الفرقة توجب نصف المهر في زواج فيه تسمية - والمتعة عوض عنه[٣١]، ومن ثم كان الطلاق قبل الدخول والخلوة موجبا لعوض باتفاق الفقهاء، وهو نصف المهر المسمى عند الجمهور، أو بدله وهو المتعة الواجبة في هذه المسألة عند الحنفية، أى أن مبدأ التعويض متفق عليه، أما طريقة التعويض فيبدو انها هى التي محل خلاف بينهم.

**٢٢٩ ـ شروط وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول:**

ويشترط حتى يجب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول، أو تجب المتعة عند الحنفية شروط:

***أولها:*** أن تكون الفرقة بسبب من جهة الزوج، ولا فرق في ذلك بين الطلاق أو الفسخ، ويستثنى من ذلك إذا كانت الفرقة بسبب خيار الزوج عند البلوغ وقد اختار الفسخ وحكم القاضي له به، فانه لايجب للزوجة شيىء من المهر في هذه الحالة، لان الشارع أعطاه الخيار للابقاء على الزواج، أو المطالبة بفسخه، فلابد أن يكون لهذا الخيار فائدة[٣٢]، وهي سقوط نصف المهر، لما هو مقرر من أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فإذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوجة، كردتها قبل العقد الصحيح عليها، وقبل الدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة بها، فانها لايجب لها من المهر شيىء ولا تجب لها المتعة أيضا.

***ثانيها:*** أن يكون الطلاق قبل الدخول، ودليل هذا الشرط قول الله تعالى: ﴿وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾[٣٣]، فإذا وقع الطلاق بعد الخلوة أو الخلوة، وكان الدخول حقيقيا، فانه يجب المهر كله بدلالة الاية الكريمة نفسها، حيث تدل بمفهومها على وجوب المهر كله إذا كان الطلاق بعد المس، وهو الوقاع [٣٤]، لان الزوج قد استوفى حقه بالدخول فيتقرر حق الزوجه في المهر كاملا.

---

(٣١) بدائع الصنائع - جـ ٢ - ص ٣٠٣.

(٣٢) د. محمود الطنطاوى - المرجع نفسه - ص ٢١٣ وما بعدها د. محمد يوسف موسى - المرجع نفسه - ص ١٩٦، د. بدران أبو العينين بدران - المرجع نفسه - ص ٢٠٨، د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٧.

(٣٣) سورة البقرة - آية ٢٢٧.

(٣٤) د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨١.

***ثالثها:*** أن لايعترى وجوب نصف المسمى مسقط له، والاسقاط قد يكون بعفو المرأة أو وليها، كما يقول الله تعالى: ﴿الا أن تعفو أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾، فإذا طرأ العفو على الوجوب فانه يسقط، وقد يكون الاسقاط بقيام مانع لاستحقاق الزوجة مايجب في ذمة زوجها لها، وذلك كما لو كانت الزوجة قد قتلت زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة، فانها بهذا القتل يسقط حقها في المهر كله، ذلك ما قال به جمهور الفقهاء، وهو ما نرجحه لانها قد انهت حياة زوجها بالجناية عليه، ولئن كان القتل مانعا من الميراث فأولى أن يكون مانعا من استحقاق غيره من الحقوق المالية، كما ان المرتدة إذا كان مهرها يسقط بعصيانها، فليسقط في حالة قتل زوجها بنفس السبب أيضا(٣٥).

. . ذلك ماذهب اليه جمهور الفقهاء، وان كان العمل بما ذهب اليه مخالفوهم ممن قالوا بوجوب المهر للمرأة كاملا بالموت أو بالقتل أيا كان هذا القتل، وذلك ما ذهب اليه أبو حنيفة والصاحبان، ولقد قرر الامام زفر: أن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها مخالفا في ذلك كل جمهور الفقهاء، ودليله: ان قتلها نفسها جناية، وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها، فيسقط حقها في المهر إذا لم يكن مؤكدا بالدخول من قبل، وقد ذهب الامام زفر مع جمهور الفقهاء أيضا في قولهم: ان قاتلة زوجها يسقط مهرها كله قبل الدخول، فما عهدت الجنايات مؤكدة للحقوق(٣٦).

**٢٣٠ ــ طبيعة المال المستحق للمرأة بالطلاق قبل الدخول:**

ووجوب نصف المهر للمرأة إذا طلقت قبل الدخول ينطوى على معنى المواساة لها وتعويضها عما نكبت به في مشاعرها وعواطفها، وهي في بدء حياتها الزوجية دون أن يصدر منها ما يبرر فراق زوجها لها، فكان في هذا الوجوب نوع من التعويض والمواساة، وقد الح كثير من الفقهاء عن هذا المعنى، يقول الشيخ محمد أبو زهرة: ان وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول فيه معنى التسريح باحسان الذي أمربه الله سبحانه وتعالى حيث قال تعالى: ﴿وسرحوهن سراحا جميلا﴾، ولان الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة، فأوجب الله سبحانه نصف المهر لها(٣٧).

(٣٥) د. محمود الطنطاوى، المرجع نفسه ـ ص ٢٠٦ وما بعدها.

(٣٦) أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٢١٩.

(٣٧) المرجع نفسه ـ ص ٢٢٥، وفي هذا المعنى: محمد مصطفى الحسيني شحاته ـ السابق ـ ص ٦٧، د. زكي الدين شعبان، السابق ـ ص ٢٨٩، وراجع: بداية المجتهد جـ ٢ ـ ص ٢٤، حيث يقول: انه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها مكان الجبر.

. . ومما يدل على هذا المعنى ما اشترطه الفقهاء من وجوب أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج، فان كانت من قبلها لاتستحق شيئا، لان تصرفها هنا ينطوي على معنى اسقاط ماهو واجب لها، ونصف المهر ما هو الا مال يبذل في غير معاوضة فلم يبق له معنى الا تعويض الالم النفسي الذي يصيب المرأة من جراء فراق زوجها.

**٢٣١ ـ ثانيا: استحقاق المطلقة للمتعة:**

والمتعة صورة من صور التعويض عما يصيب الزوجة من جراء طلاق زوجها لها وهي تتمثل فيما يقدمه الزوج لزوجتة زائدا على صداقها وهذه الزيادة ليست من قبيل المعاوضات المالية، وانما هي نوع من التعويض عن ألم الفراق كما سبق، يبدو هذا المعنى واضحا من خلال تعريف الفقهاء لها.

وهي في اللغة: مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به[٣٨]، وقد عرفت في اصطلاح الفقهاء بما يبرز فيها هذا المعنى، حيث تعرف بأنها: المال الذي يعطيه الزوج لمطلقته زيادة على الصداق لتطييب نفسها، وتعويضها عن الالم الذي أصابها بسبب الفراق[٣٩]، أو هى مايقدمه الزوج لزوجته بعد فراقه لها من الثياب أو مايقوم مقامها. تعويضا لها عن وحشة الفراق[٤٠].

***حكم المتعة والدليل عليه:***
وللفقهاء في حكم المتعة تفصيل تجدر الإشارة إليه.

**٢٣٢ ـ أما الحنفيـــــة:**

فان المتعة عندهم تجب في نوعين من الطلاق، أولهما: الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم لها مهرا أو سمى لها مهرا تسمية فاسدة، ودليل هذه الحالة قول الله تعالى: ﴿لاجناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾[٤١]، حيث أمر الله في الاية الكريمة بالمتعة للزوجة التي طلقت قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهر، والامر

(٣٨) مختار الصحاح ـ ص ٦١٤.
(٣٩) د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٢٨٩، د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٢١٦.
(٤٠) د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٢٠٤.
(٤١) سورة البقرة ـ آية ٢٣٦.

للوجوب، وقد جاء مقترنا بما يؤكده وهو قول الله تعالى: حقا على المحسنين.

وقالوا أيضا: انها بدل عن الامر الواجب وهو نصف المهر وبدل الواجب يكون واجبا فتكون المتعة واجبة[٤٢].

*وثانيها*: الطلاق الذي يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر، وانما فرض بعده لقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها، فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا﴾، فالاية الاولى أوجبت المتعة في كل المطلقات قبل الدخول، ثم خصت منه من سمى لها مهراً فبقيت المطلقة التي لم يسم لها مهر، والاية الثانية اوجبت المتعة لمن لم يفرض لها فريضة، وهو منصرف إلى الفرض في العقد[٤٣].

وتكون مستحبة عند الحنفية فيما عدا ذلك، كما لو فارق الرجل زوجته بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة بها، وذلك إذا كان المهر غير مسمى في عقد الزواج وهي في هذه الحالة تكون من التسريح باحسان، وقد أمرنا الله به في قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بأحسان﴾[٤٤]، وكذلك تستحب المتعة عند الحنفية إذا فارق الزوج زوجته قبل الدخول والخلوة، وكان مهرها مسمى في العقد.

### ٢٣٣ ــ عند المالكية:

أما عند مالك وابن أبي ليلى والليث: فان المتعة لاتجب وانما تكون مستحبة، لان الله تعالى جعلها حقا على المحسنين وخصهم بها، فيدل ذلك على أنها: على سبيل التفضل والاحسان، أما بالنسبة لمن لم يسم لها مهرا وقت العقد وطلقت قبل الدخول فلها نصف المهر[٤٥].

### ٢٣٤ ــ وعند الشافعية:

المتعة واجبة لكل مطلقة. سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده، الا المطلقة قبل الدخول إذا سمى لها مهرا، فانه يكتفي لها بنصف المهر، فان وجب لها نصف المهر فلا

---

(٤٢) فتح القدير ـ للكمال بن الهمام ـ جـ ٢ ـ ص ٤٤٩.

(٤٣) راجع في وجه الدلالة من الايتين الكريمتين: د. وهبة الزحيلي ـ السابق ـ ص ٣١٧.

(٤٤) سورة البقرة ـ آية ٢٢٦.

(٤٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٢ ـ ص ٣٢٠ وما بعدها.

متعة لها، وفي قول تجب لها المتعة لاطلاق قول الله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾(٤٦).

**٢٣٥ ــ وعند الحنابلـــة:**

تجب المتعة لكل مطلقة في حالة الطلاق قبل الدخول والخلوة وقبل التسمية، وتستحب فيما عدا ذلك لقول الله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾(٤٧)، حيث لم تجب المتعة في غير المفوضة التي لم يفرض لها مهرا، لان الله تعالى: قسم المطلقات إلى قسمين: واجب المتعة لغير المفروض لهن، ونصف المسمى للمفروض لهن، وهو يدل على اختصاص كل قسم بحكمه(٤٨).

ويبدو من خلال أقوال الفقهاء: أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يكن ق دسمى مهرها فتجب لها كوجوب نصف المسمى ويأخذ حكمها كل فرقة يتنصف بها المسمى فانها توجب المتعة إذا كانت مفوضة(٤٩).

**٢٣٦ ــ يجب لاستحقاق لمتعة أن تكون الفرقة من قبل الزوج:**

وقد وضع الفقهاء شرطا لاستحقاق المتعة حاصلة، أن الفرقة يجب أن تكون بسبب من قبل الزوج، فإذا كانت الفرقة بسبب من جهتها لاتجب لها المتعة بل ولا يجب لها نصف المسمى، يقول ابن قدامة: وما يسقط به المسمى من الفرق، كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه. إذا جاء من قبلها لاتجب به متعة. لانها اقيمت مقام نصف المسمى، فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الابدال بما يسقط مبدلها(٥٠).

**٢٣٧ ــ وجوب المتعة للزوجة تعويض عن ألم الفراق:**

واشتراط هذا الشرط يبرز غاية الوجوب في المتعة ومقصده، حيث يمثل نوعا من التعويض المستحق لها عن ألم الفراق ووحشته، والفراق لن يكون موحشا بالنسبة لها، الا إذا جاء بسبب من قبل الزوج دون أن يكون لها يد فيه، ومن ثم يكون في وجوب

(٤٦) قلوبي وعميره ـ جـ ٣ ـ ص ٢٩٠، والاية رقم ٢٤٢ من سورة البقرة.
(٤٧) سبق تخريج الاية.
(٤٨) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٦ ـ ص ٧١٥ ـ طبعة مكتبة الرياض الحديثة.
(٤٩) المرجع والمكان السابقان.
(٥٠) المرجع السابق ـ ص ٧١٦، د. محمد يوسف موسى ـ السابق ص ٢٠٤.

المتعة نوع من التعويض لها عن هذا الالم النفسي، وقد صرح كثير من الفقهاء بهذا المعنى، حيث قالوا: ان المتعة تعطى للمرأة لتعويضها عن المفارقة في حال الحياة، بل انهم قد أبرزوا خاصية التعويض عن الالم النفسي وهم بصدد تعريفها(٥١).

## ( الفرع الثاني )
## تعويض الضرر الأدبي الناشيء عن الخلع

٢٣٨ ــ والضرر الأدبي الذي يصيب الانسان في عاطفته ومشاعره، لايقتصر حدوثه على جانب الرجل وحده، بل أن المبادرة فيه قد تقع من جانب المرأة حين يتغير قلبها من جهة زوجها دون أن يكون قد اعترى قلبه أي تغيير من ناحيتها، بل أن قلبه قد يكون مليئا بالحب لها وعامرا بالمودة اليها، ومن ثم يكون طلب التفريق من جهتها ضارا به في نفسه أبلغ الضرر، ولذلك شرع الخلع ليكون نوعا من التعويض عن الالم النفسي الذي يصيبه من جراء طلب زوجته فراقه، وقد عالج التشريع ذلك في مسألتى الخلع والطلاق على مال، ونشير إلى هذين الامرين بشيء من التفصيل.

**٢٣٩ ــ أولا: التعريف بالخلع وبيان طبيعتــه:**

والخلع في اللغة معناه الازالة، يقال: خلع فلان ثوبه إذا ازاله، وخلع الزوج زوجته إذا زال زوجيتها، وقد جرى العرف اللغوى على تسمية الازالة في غير الزواج: خلعا - (بفتح الخاء) وعلى تسمية الازالة في الزواج: خلعا (بالضم)(٥٢)، وقد سميت ازالة الزوجية مخالعة، منه لان كلا من الزوجين لباس للآخر. قال تعالى: ﴿هن لباس لكم وانتم لباس لهن﴾ (٥٣)، فكان كل واحد من الزوجين حين مفارقة الآخر، كأنه قد نزع لباسه(٥٤).

وفي اصطلاح الفقهاء: عرفه الحنفية بأنه: ازالة ملك النكاح، المتوقفة على قبولها

---

(٥١) راجع: د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٩، د. محمود الطنطاوى - السابق - ص ٢١٧، د. محمد يوسف موسى - المكان السابق، محيى الدين عبدالحميد - الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية - ص ١٨٣، الطبعة الثالثة ١٩٦٦ مكتبة صبيح.

(٥٢) مختار الصحاح - ص ١٨٥.

(٥٣) سورة البقرة - آية ١٨٧.

(٥٤) الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع - جـ ٤ - ص ٨٥، والمغنى لابن قدامة - جـ ٧- ص ٥٢.

بلفظ الخلع أو ما في معناه(٥٥).

كما عرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره بلفظ الخلع، فمعناه عندهم يتمثل في أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط حقا لها عليه، فتقع به طلقة بائنة، وهو عند المالكية شامل للفرقة بعوض أو بدونها، كأن يقول لها: خالعتك، أو أنت مخالعة(٥٦).

وعند الشافعية: يعرف بأنه فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع، كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل(٥٧).

كما عرفه الحنابلة: بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بالفاظ مخصوصة(٥٨).

وقد عرفه كثير من الفقهاء المحدثين بما لايخرج عن هذا المعنى(٥٩).

٢٤٠ ـ أدلة مشروعية الخلع:

وقد قامت الادلة على مشروعية الخلع من الكتاب والسنة وآثار الصحابة والاجماع.

## أما الكتاب:

٢٤١ ـ فقول الله تعالى: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا الا يقيما حدود الله، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾(٦٠)، حيث دل هذا القول الكريم على رفع الجناح عن الزوجين في حالة افتداء الزوجة نفسها من زوجها بمال تدفعه له عند خوفها من عدم اقامة حدود الله معه لكرهها أياه ورغبتها في عدم العيش معه، يقول ابن قدامة: وجملة الامر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لاتؤدى حق الله في طاعته، جازلها أن تخالعه بعوض تفتدى به نفسها منه لقول الله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما

---

(٥٥) فتح القدير ـ جـ ٣ ـ ص ١٩٩، حاشية ابن عابدين ـ جـ ٢ ـ ص ٧٦٦.

(٥٦) الشرح الصغير ـ جـ ٢ ـ ص ٥٦٨، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢.

(٥٧) مغنى المحتاج ـ جـ ٣ ـ ص ٢٦٢.

(٥٨) كشاف القناع ـ جـ ٥ ـ ص ٢٣٧، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٥٢.

(٥٩) راجع: د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٤٥٩، محمد أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٣٨٥، د. محمود الطنطاوى السابق ـ ص ٣٣٤، د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٣٠١.

افتدت به﴾[٦١] وقوله تعالى: ﴿فان طبن لكم عن شيء منه نفسها فكلوه هنيئا مريئا﴾[٦٢].

**ومن السنة:**

٢٤٢ ـ بما رواه البخارى عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت يا رسول الله: اني ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنى أكره الكفر في الاسلام، فقال رسول الله ﷺ ـ: اتردين عليه حديقته.، قالت: نعم. فقال النبي ﷺ ـ لقيس: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[٦٣]، وفي رواية اخرى: زيادة: لااطيقه بغضا، بعد قولها: ولكني أكره الكفر في الاسلام، واسم المرأة حبيبة بنت سهل الانصارى. وفي رواية الموطأ: هي جميلة بنت أبي سلول[٦٤]، وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن ابن ماجة: أن ثابت بن قيس كان دميما، وأن امرأته قالت: لولا مخافة الله إذا دخل على لبصقت في وجهه[٦٥].

وجه الدلالة في هذا الحديث: أنه قد دل على شرعية الخلع، وصحته، وانه يحل أخذ العوض من المرأة[٦٦].

**ومن آثار الصحابة:**

٢٤٣ ـ يدل على مشروعية الخلع ما نقله ابن قدامة في المغني: عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد، وقبيصة بن ذؤيب، كما روى عن علي[٦٧].

---

(٦٠) سورة البقرة ـ آية ٢٢٩.
(٦١) المغنى ـ جـ ٧ ـ ص ٥١. وقد سبق تخريج الاية.
(٦٢) سورة النساء: آية ٤.
(٦٣) نيل الاوطار ـ للشوكاني ـ جـ ٦ ـ ص ٢٤٦، وسبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٢٩٦.
(٦٤) الموطأ. ص ٢٤٨ ـ وسبل السلام ـ المكان نفسه حيث ذكر أن البخارى سماها جميلة ذكره عن عكرمة مرسلا، وأخرج البيهقى مرسلا أن أسمها زينب بنت عبدالله بن أبي سلول.
(٦٥) سبل السلام ـ نفس المكان السابق.
(٦٦) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٢٩٧.
(٦٧) المغنى ـ جـ ٧ ـ ص ٥٢، وما بعدها.

### ومن الاجماع:

٢٤٤ ــ قال بمشروعية الخلع جميع الفقهاء بالحجاز والشام، وقد قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحدا خالف في مشروعيته الا بكر بن عبدالله المزنى، فانه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقول الله تعالى: ﴿وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾[٦٨]، كما روى عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لايحل الخلع، حتى يجد على بطنها رجلا، لقول الله تعالى: ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة[٦٩]، وقد قال ابن قدامة: هذا مردود بآية الخلع والخبر، وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة، ولم يعرف لهم مخالف فيكون اجماعا، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع، وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم يثبت شيء من ذلك[٧٠].

### ٢٤٥ ــ التكييف الفقهي للخلع:

ووضع الخلع من الناحية الفقهية يتمثل في أنه عقد بايجاب وقبول، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة، فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة، لانها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها، وخلاصها من الزوج، لكنها ليست معاوضة محضة، بل فيها شبه بالتبرعات، لان المعاوضة المحضة تكون إذا كان كل من العوضين مالا أو في حكمه، وما يثبت للزوجة نتيجة للخلع، وهو افتداء نفسها وخلاصها من الزوج لايعد مالا شرعا، فلايكون الخلع في حقها معاوضة محضة، وهذا عند أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب[٧١].

٢٤٦ ــ وجمهور الفقهاء يعتبرون الخلع معاوضة: فلا يحتاج في صحته إلى قبض العوض، فلو تم من قبل الزوج وماتت المرأة أو فلست أخذ العوض من تركتها واتبعت

(٦٨) سورة النساء ـ الايتان ٢٠، ٢١.

(٦٩) سورة النساء ـ آية ١٩، وقد نقل الاجماع ابن قدامة في المغنى ـ جـ ٧ ـ ص ٥١.

(٧٠) المغنى ـ جـ ٧ ـ ص ٥٢.

(٧١) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٣ـ ص ١٤٥، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٢ ـ ص ٧٦٨، والمبسوط للسرخسي ـ جـ ٦ ـ ص ٧٣.

به، ويجوز رد العوض بالعيب فيه، لان اطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر ويصح الخلع منجزا بمعنى المعاوضة لما فيه من معناها، ويملك العوض بالعقد(٧٢).

وليس معنى المعاوضة في الخلع عند جمهور الفقهاء تمول البضع، وانما هي معاوضة بالمعنى العام لان ما تبذله المرأة في الخلع لايقابل مالا، وانما يقابله اسقاط حقه في البضع، وليس فيه تمليك شيء لها، يقول ابن قدامة: والخلع كالطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية، ولان الخلع اسقاط لحقه من البعض وليس فيه تمليك شيء، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح، وإذا صح الخلع، فلايجب مهر المثل، لانها لم تبذله، ولا فوتت عليه ما يوجبه فان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، بدليل أنها لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء(٧٣).

### ٢٤٧ ـ أثار التكييف الفقهي للخلع:

ويستفاد مما قاله الفقهاء أنهم متفقون على أن في الخلع صفتين: انه يمين، وأن فيه معنى المعاوضة، وقد ترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج أنه إذا الزم نفسه الخلع نظير مبلغ من المال لا يملك الرجوع قبل قبول الزوجة، لانه تعليق، والتعليق لايملك الزوج الرجوع فيه، كما أن ايجاب الزوج لايبطل بقيامه من المجلس الذي أوجب فيه الخلع، ولايجوز أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة، لانه لايملك الرجوع، والرجوع يعطيه هذا الحق في مدة الخيار، كما يجوز للزوج أن يعلق الخلع على حصول أمر في المستقبل وان يضيفه إلى زمن مستقبل كذلك(٧٤).

كما ينبني على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة له شبه بالتبرعات: ان الزوجة لو ابتدأت بالخلع على مبلغ من المال يجوز لها أن ترجع عن هذا الايجاب قبل قبول

---

(٧٢) حاشية الصاوى على الشرح الصغير ـ جـ ٢ ـ ص ٥١٨، ص ٥٣١ المهذب للشيرازى ـ جـ ـ ٢ ـ ص ٧٢، والمغنى لابن قدامة جـ ٧ ـ ص ٥٧ ـ ص ٦٧.

(٧٣) المغنى ـ السابق ـ ص ٦٢

(٧٤) راجع في هذا المعنى: د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٤٦٠ وما بعدها، محمد أبو زهرة ـ ص ٣٨٥ وما بعدها، د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٣٠٣ وما بعدها، د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٣٤٠، وما بعدها.

الزوج، لان الايجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ولابد من قبول المرأة في المجلس إذا كانت حاضرة، أو قبولها في مجلس علمها بالايجاب ان كا نت غائبة، كما يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها الحق في القبول أو الرد، ولايجوز لها أن تعلق الخلع على شرط، ولا ان تضيفه إلى زمن مستقبل لان الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، والتمليكات لاتقبل التعليق ولا الاضافة، كما أن بدل الخلع لايلزم المرأة الا إذا كانت اهلا للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة، لان للخلع صفة التبرع مع أنه معاوضة من قبل الزوجة(٧٥).

## ٢٤٨ ـ الآثار التي تترتب على وقوع الخلع:

ويترتب على وقوع الخلع مستوفيا شروطه آثار شرعية تتمثل في وقوع الطلاق بائنا عند جمهور الفقهاء(٧٦)، أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية فيه عند الامام احمد، ففي احدى الروايتين انه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاووس وعكرمة واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي، والرواية الثانية: انه طلقة بائنة، روى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة ابن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والزهرى ومكحول ومالك والاوزاعي والثورى وأصحاب الرأى، وقد روى عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم، قال: ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقول الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان، ولايحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا الا يقيما حدود الله، فان خفتم الايقيما حدود الله، فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾(٧٧)، ثم قال الله تعالى: ﴿فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾(٧٨)، فذكر الله تطليقان والخلع، وتطليقة بعده، فلو كان الخلع طلاقا لكان الطلاق أربعا، ولانها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكانت فسخا

(٧٥) د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٤٦٢، أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٣٨٧، د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٣٠٤، د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٣٤٢.

(٧٦) بدائع الصنائع ـ جـ ٣ ـ ص ١٤٤، بداية المجتهد ـ جـ ٢ـ ص ٦٩ والمهذب ـ جـ ٢ ـ ص ٧٢، والشرح الصغير ـ جـ ٢ ـ ص ٥١٨.

(٧٧) سورة البقرة ـ آية ٢٢٩.

(٧٨) سورة البقرة ـ آية ٢٣٠.

كسائر الفسوخ[٧٩].

ووجه الرواية الثانية: أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقا[٨٠].

٢٤٩ ـ **أقول**: وسواء كان الخلع حكمه الطلاق البائن أو الفسخ فان المرأة ترفع فيه ضررا نفسيا محققا مقابل ما تدفعه للزوج كمقابل لتعويضه عن الضرر الذي يمكن أن يكون قد حل به بسبب فراقها له بسبب من جهتها.

كما يترتب على الخلع لزوم بدل الخلع في ذمة الزوجة، سواء كان مبلغا من النقود أم منفعة تقوم بمال كأجرة الرضاعة أو الحضانة، كما تسقط كل حقوق الزوجة الثابتة وقت الخلع لكل منهما على الآخر من المهر والنفقة، أما الديون التي لاتتعلق بهذا الزواج الذي انتهى فلا يسقط منها شيء، وعلى ذلك لايكون لها عليه شيء من المهر الذي لم تقبضه سواء كان الخلع قبل الدخول أم بعده، ويسقط مالها من نفقة ماضية تجمدت عليه وكذلك يسلم لها كل المهر الذي دفع وليس له استرداد شيء منه، ولو كان الخلع قبل الدخول، ولا يسترد شيئا من النفقة التي قد عملها لها قبل الخلع، وقبل استحقاقها له، ولاتسقط نفقة العدة لانها لم تكن ثابتة على الزوج حين الخلع، حيث لم يكن أو انها قد جاء بعد، الا إذا نص عليها كبدل للخلع، فانها تسقط في هذه الحالة، وأساس سقوط هذ الحقوق المالية بالخلع أن لفظه ينبىء عن ازالة العلاقة التي كانت تربط بين الزوجين، وتجعل لكل واحد منهما حقوقا على الآخر، فمتى زالت سقطت كل هذه الحقوق عند أبي حنيفة، وقد خالف في هذا الامام محمد بن الحسن، حيث يرى أن حقوق الانسان لايسقط منها شيء من غير أن يسقطه، والامام أبو يوسف يتفق مع أبي حنيفة في سقوط كل تلك الحقوق المالية بالابراء، أما في الخلع فلا تسقط لان لفظ الخلع ليس نصا في البراءة من كل شرط[٨١].

وعند جمهور الفقهاء لايسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجة الا باسقاطه، سواء تم

(٧٩) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٥٦ وما بعدها.

(٨٠) المرجع والمكان السابقان.

(٨١) راجع في بيان رأى الحنفية في هذه المسألة: المبسوط ـ جـ ٦ ـ ص ١٨٩، وص ١٩٠، وبدائع الصنائع للكاساني ـ جـ ٣ ـ ص ١٥١، وما بعدها، وفتح القدير ـ جـ ٣ ـ ص ٢١٥، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٢ ـ ص ٥٧٤، وما بعدها.

بلفظ الخلع أم المبارأة، فهو تماما كالطلاق على مال يقع به الطلاق بائنا، ويجب به البدل المتفق عليه، لان الحقوق لاتسقط الا بما يدل على اسقاطها قطعا. وليس في الخلع دلالة على اسقاط الحقوق الثابتة لانه معاوضة من جانب الزوجة والمعاوضة لاأثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان[٨٢].

ورأى الجمهور هو الراجح في نظرنا لانه يتفق مع العدالة، كما يتفق مع قواعد الشريعة التي تقضي بأن الاتفاق لايسرى الا على مايتناوله وينصرف اليه.

### ٢٥٠ ـ مشروعية الخلع تعويض عن الضرر النفسي:

ويبدو من خلال ما وضعه الفقهاء لاستحقاق بدل الخلع من شروط، أنه يتمخض عن تعويض الزوج الذي سبب له طلب زوجتة فراقه الما نفسيا، عما اصابه من ضرر، وهو بهذا الالم الذي حل به يكون مستحقا لما قرره الشارع له في بدل الخلع، فالخلع مشروع لعلاج الكره الحاصل في نفس المرأة دون أن يقابله في نفس الزوج كره مثله، ولذلك فانه يحرم على الزوج عضل زوجته والاضرار بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدى نفسها منه، فان فعلت ذلك بسبب من جهته فالخلع باطل[٨٣] والعوض مردود، روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم ابن محمد وعروة، وعمرو بن شعيب، وحميد بن عبدالرحمن، والزهري وبه قال مالك والثورى وقتادة والشافعي واسحاق، بدليل قول الله تعالى: ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة[٨٤].

وعلى هذا فلو اضر الزوج بزوجته لتفتدى نفسها منه، فانه لايحل له أخذ العوض لانه يعتبر اكراها منه لها على بذل المال لزوجها في سبيل طلاقها، وهذا لايجوز[٨٥]، لقوله تعالى: ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه[٨٦].

---

(٨٢) بداية المجتهد المكان السابق، ومغنى المحتاج ـ جـ ٣ـ ص ٢٧٧، كشاف القناع ـ جـ ٥ ـ ص ٢٤١. ود. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٣٠٩، د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٣٤٣ وما بعدها، أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٣٩١، وما بعدها.

(٨٣) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٥٤، وما بعدها.

(٨٤) سورة النساء: آية ١٩.

(٨٥) المغنى لابن قدامة ـ المكان السابق، وبداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٦٨، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٢ ـ ص ٣٥٥.

(٨٦) سورة البقرة ـ آية ـ ٢٣١.

واشتراط أن يكون طلب التفريق من جهة المرأة أو أن يتم قبولها فيما لو صدر الايجاب منه بناء على كرهها له، يدل على أن الضرر النفسي الحائق به يعتبر ضررا معتبرا شرعا ويستوجب تعويضه على النحو الذي قرره الشارع في باب الخلع[٨٧].

**٢٥١ ــ ثانيا: الطلاق على مال:**

الطلاق على مال، هو الذي تكون صيغته بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية في مقابل مال تدفعة الزوجة لزوجها، وهو بهذا يختلف عن الخلع، ولا تترتب عليه أحكام الخلع وانما يترتب عليه أحكام تختص به، بعضها يتفق مع أحكام الخلع، وبعضها يختلف معها.

**٢٥٢ ــ أ ـ الاحكام التي يتفق فيها الخلع مع الطلاق على مال:**

يتفق الخلع مع الطلاق على مال في أمرين:

***الأول:*** قبول الزوجة للخلع والطلاق على مال أمر لابد منه لانهما معاوضة من جهتها والمعاوضة لابد فيها من القبول، فإذا لم تقبل المرأة لايصح الخلع ولا الطلاق على مال وإذا قبلت صح ذلك وترتبت الاحكام الشرعية.

***الثاني:*** الطلاق الذي يقع بالخلع. وبالطلاق على مال يكون طلاقا بائنا، لانها لا يمكنها الخلاص من سلطان الزوج الا به، أما الطلاق الرجعي فلا يترتب عليه ذلك لامكان مراجعتها من غير رضاها، فهو لايترتب عليه أي ضرر نفسي للزوج.

**٢٥٣ ــ ب ـ الاحكام التي يختلف فيها الخلع مع الطلاق على مال:**

كما أن الخلع يختلف مع الطلاق على مال في أمـرين:

***الأول:*** الطلاق على مال لايسقط أي حق مالي أصلا بالاتفاق بين ائمة المذهب الحنفي والخلع يترتب عليه اسقاط بعض الحقوق المالية عند أبي حنفية، كما سبق.

***الثاني:*** إذا بطل البدل في الطلاق على مال، وقع الطلاق رجعيا، وإذا بطل البدل في الخلع وقع الطلاق بائنا، والذي يجرى عليه العمل في القضاء في مصر أنه إذا بطل

---

(٨٧) راجع في هذا المعنى: د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٣٣٨، أبو زهرة ـ السابق ـ ص ٣٨٨، د. وهبة الزحيلي ـ السابق ـ ص ٤٩٩، د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٣٠٥، د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٤٦٢، ص ٤٦٤.

البدل في الخلع أو في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيا[٨٨].

## ( المطلب الثاني )
## اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض عن الطلاق

٢٥٤ ــ أثيرت مسألة التعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في الآلام النفسية الناشئة عن الطلاق، حين تعرض فقه القانون لطبيعة حق الطلاق، وما إذا كان هذا الحق مطلقا أو مقيدا، ومن المؤكد أن تحديد طبيعة حق الطلاق وفقا لما إذا كان مطلقا أو مقيدا تترتب عليه نتائج هامة، منها أنه لو كان مقيدا فان استعماله سيترتب عليه قيام المسئولية عن استعمال هذا الحق، وجواز الاتفاق على التنازل عنه، والاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق وهل يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا أو التزاما شرطيا وما يترتب على هذا التكييف القانوني أو ذاك، ونشير إلى ذلك بشيء من التفصيل.

**٢٥٥ ــ أولا: طبيعة حق الطلاق:**

أما بالنسبة لطبيعة حق الطلاق، وما إذا كان مطلقا أو مقيدا، فان تلك الطبيعة كانت قد أثارت جدلا في الفقه والقضاء حيث ذهب جانب منها إلى أن حق الطلاق ليس حقا مطلقا، وانما هو مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعو اليه، ولا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابط الزوجية[٨٩].

وهذا الرأى يجيىء منسجما مع ما كانت المحاكم الابتدائية تراه: من أن الطلاق لايباح الا لحاجة، وإن استعماله مقيد بتحقيق تلك الحاجة، فإذا أوقع الزوج الطلاق

---

(٨٨) المبسوط ـ جـ ٦ ـ ص ١٧٩، وبدائع الصنائع ـ جـ ٣ ـ ص ١٥٢ والهداية مع فتح القدير ـ جـ ٣ ـ ص ٣٠٥، وما بعدها. وراجع: د. محمود الطنطاوى ـ السابق ـ ص ٣٤٤ وما بعدها، د. محمد يوسف موسى ـ السابق ـ ص ٣١٠، د. زكي الدين شعبان ـ السابق ـ ص ٤٦٨ وما بعدها، أبو زهرة السابق ـ ص ٣٩١ وما بعدها.

(٨٩) د. سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات على الأحكام ـ ص ١٩١ ـ طبعة ١٩٨٧م، والشيخ احمد ابراهيم الاحوال الشخصية ـ ص ٧٦ ـ طبعة ١٩٣٠، والشيخ عبدالوهاب خلاف ـ الاحوال الشخصية ـ ص ١٤٦ ـ طبعة ١٩٣٨، وحسين عامر، وعبدالرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٢٧٨ وما بعدها ـ طبعة دار المعارف سنة ١٩٧٩.

بغير سبب، كان ذلك اساءة منه لاستعمال حقه موجبا لمسئوليته[٩٠].

وهذا الاتجاه الفقهي والقضائي يعد مخالفا لما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة، التي كانت تقضي بأن ايقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف شاء، فليس لمن تتزوج به، وهي عالمة بذلك أن تطلب تعويضا عنه بعد وقوعه[٩١]، وفي هذا الاتجاه أيضا يجيىء حكم محكمة استئناف مصر والذي جاء فيه: ان حق الطلاق مخول في الشريعة الاسلامية للزوج، ولا يترتب على استعماله من الاحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها[٩٢].

٢٥٦ - وفي تطور لاحق اصدرت محكمة استئناف مصر حكما آخر معدلا من الاتجاه الذي سبق ان سارت فيه على غرار محكمة الاستئناف المختلطة، والحاكم اللاحق الذي أصدرته يدل في ظاهره على انها تعتبر ايقاع الطلاق حقا مقيدا، لكنها خففت من هذا القيد إلى حد يجعله في حكم العدم، حيث تأسس حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعي إذا لم يقصد باستعماله سوى الاضرار بالغير، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية، وأن المطلق في حسبه أن يكون قد رغب في الخلاص من الزوجة حتى يكون في استعمال حقه في التطليق منفعة له، وأن الزوج إذا طلق زوجته غداة العقد عليها، فلا جناح عليه في ذلك، حتى ولو كانت الزوجة مدرسة وقدمت استقالتها عقب الزواج وقبل وصول وثيقة الطلاق اليها، رغم مايحوم حولها بسبب هذا الطلاق من أقاويل وشبهات تؤثر في سمعتها الأدبية ورزقها[٩٣]، وقد انتقد هذا الحكم بأنه لايكفي أن يكون الزوج قد قصد من ايقاع الطلاق إلى مجرد الرغبة في الخلاص من رابطة الزوجية، حتى يكون في ذلك منفعة له تبرر استعماله حق الطلاق، وترفع عنه مسئولية الاضرار التي تزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة

(٩٠) محكمة مصر الابتدائية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ - المحاماه - ٦ - ٣٣٣ - ٢٥٥، وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - المحاماه - ١٣-١١٣٣-٥٦٤، ومحكمة شبين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ - المحاماه - ١١ ٥٤٠-٢٧٧.

(٩١) استئناف مختلط في ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢م، مشار اليه في د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٩١.

(٩٢) محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٨/١٢/١٩٢٨، المحاماه ٨-٤٩٧-٣٢٥.

(٩٣) محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦م، المحاماه ١٧-١١٩-٥٨.

الزوجية، ولا سيما إذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر في استعمال حقه في التطليق(٩٤).

**٢٥٧ ـ محكمة النقض ترى أن الطلاق حق مقيد:**

وقد أيدت محكمة النقض ضمنا مبدأ تقييد حق الطلاق وامكان وقوع الأساءة في استعماله باقرارها أسباب الحكم الابتدائي الصادر في الدعوى التي أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق وقد جاء في أسباب هذا الحكم: ان حق الطلاق وان كان مقررا للزوج المسلم شرعا، الا أنه حق مكروه، ويكفي في بيان كراهته ما جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم، اذ قال: ابغض الحلال إلى الله الطلاق، حيث دل على أن الأصل في الطلاق المنع، ولايباح الا لحاجة كبرى وريبة فهو مشروع من جهة، ومحظور من جهة أخرى، فمشروعيته من حيث إن فيه ازالة الزواج عندما تكون هناك داعية اليه، وحظره من ناحية ان فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والاخروية والقول بأن الشريعة الاسلامية جعلت ايقاع الطلاق حقا مطلقا للزوج، أن يستعمله دون أن يؤدى عن ذلك حسابا أو يتعرض لاية مسئولية رغبة منها في ستر أسباب الطلاق، ومنعا لكشف عيوب الاسر، ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها، كذلك اباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م للزوجة أن تطلب الفرقة إذا دعت اضرار الزوج بها مما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، وبدهى ان بحث ذلك دفعا ودفاعا قد يكشف الستر عما يقول الطاعن: إن الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجية(٩٥).

**٢٥٨ ـ الاتجاه القاضي بالاطلاق حق الطلاق منتقد:**

وقد انتقدت الاحكام التي نحت منحنى اطلاق حق الطلاق بأننا لو سلمنا بما قضت به لعمت الفوضى الخلقية جميع البلاد، ولجاز للشبان المستهترين أن يستبيحوا لانفسهم أعراض فتيات الاسر، فيعقدوا عليهن، ثم يطلقوهن في اليوم التالي لغير سبب سوى

---

(٩٤) د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ١٩٢، ومجلة القانون والاقتصاد ـ السنة السابعة ـ ص ٣٥٢، حسين عامر، وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٢٨١، وما بعدها.

(٩٥) مجلة المحاماة ـ ٢٠ـ ص ١١٤٩، وراجع: د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٩٢، وما بعدها. وانظر: نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٧٧ ـ مجموعة أحكام النقض ٢٨ـ٨١٢ـ١٤٤، و ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ـ مجموعة أحكام النقض ١٨ـ١٩٤٣ـ٢٩٣، و٢٠ مارس سنة ١٩٦٩. مجموعة أحكام النقض ٢٠ـ٤٥٨ـ٧٤.

الخلاص منهن وبدون مسئولية عليهم في ذلك، وحاشا للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضى، فالشريعة الاسلامية تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه وهي الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الاخلاق، وتعذر الوفاق بحيث يفوت الغرض المقصود من الزواج وينقلب مضرة وتقيده أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لايترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية، فإذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته على سبيل التعويض وذلك وفقا لرأى المالكية والشافعية بسبب ما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق[٩٦].

ثم ان ايقاع الطلاق من خلال مسلك يكشف عن رعونة وعدم تبصر، ينطوى على اخلال بما يجب من الحرص على عدم الاضرار بالغير ومهما قيل من أسباب تبريره، فان الاسباب الداعية اليه لابد أن يكون قيامها سابقا على العقد، ويكون الزوج مقصرا في عدم تحريها قبل العقد، مادام قد امكنه معرفتها قبله، ومن ثم يكون ايقاع الطلاق من خلال هذا المسلك استعمال لحق في غير حذر ولا حرص، وهو يلحق بالمطلقة ضررا غير عادى يجب تعويضها عنه[٩٧].

**٢٥٩ ــ ثانيا: الآثار الناشئة عن تقييد حق الطلاق:**

وإذا كان الفقه والقضاء قد انتهيا وفقا للاتجاه الغالب فيهما إلى أن حق الطلاق حق مقيد، فان هذا التكييف للحق تترتب عليه أثار منها: أنه يمكن وقوع الاساءة في استعماله وتترتب على هذه الاساءة مسئولية المطلق في دفع تعويض عن الضرر الادبي

---

(٩٦) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٠٢، ويرى الدكتور السعيد مصطفى السعيد في رسالته ان المتعة تجب للمطلقة تطييبا لنفسها وجبرا لايحاشها، فهي تعويض لها عما يلحقها بسبب الطلاق، مشار اليه في المرجع السابق ـ نفس المكان بالهامش.

(٩٧) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٠٢ وما بعدها، ولقد سبق لقانون الاحوال الشخصية في سوريا ـ المرسوم التشريعي رقم ٥٩ الصادر بتاريخ ١٧/ ٩/ ١٩٥٣ ان وضع عنوان: طلاق التعسف فوق المادة ١١٧ والتي كانت تنص على أنه: اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وان الزوجة سيصيبها بؤس وفاقه، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لايتجاوز مبلغ نفقة سنة لامثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال.

الذي لحقها من جراء الطلاق، ذلك أمر مقرر وواضح، وهو نتيجة منطقية لتكييف حق الطلاق على أنه حق مقيد، ولكن السؤال الذي يرد هنا، هل هذا التعويض يعد امرا مستقلا عما قررته الشريعة الاسلامية للمطلقة من متعة؟، أم أن المتعة المقررة للمطلقة تمثل هذا التعويض وتعبر عنه؟ ذلك ما نود الاجابة عنه.

**٢٦٠ ــ اتجاهان حول مضمون التعويض:**

يترجح لدينا أن هناك اتجاهين في الفقه والقضاء حول مضمون التعويض الذي ينشأ عن اساءة حق الطلاق، الذي هو في طبيعته حق مقيد كما رأينا.

٢٦١ ــ **أولهما**: يميل الى أن أساءة استعمال حق الطلاق يستأهل التعويض على نحو مستقل، تعويضا للزوجة عما لحقها من ضرر نفسي، ترتب على تلك الاساءة، وهذا التعويض ليس مصدره حق الطلاق مجردا، وانما يتمثل مصدره في أمر آخر غير مجرد وقوع الطلاق كالاتفاق الحاصل بين الزوج والزوجة بصدده، وذلك على نحو ما قضت به محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠م جاء فيه: أن تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها لايخالف الشريعة ولا النظام العام، وانما ينتفي الالتزام بالتعويض اذا كانت الزوجة هى التي دفعت الزوج بفعلها الى تطليقها، ومن المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدما بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه حتى ولو كان هذا العمل مشروعا كالطلاق أو الزواج بأمرأة ثانية، فهذا التعهد وان كان لايمنعه من الزواج بأخرى، الا أنه اذا التزم أن يدفع تعويضا ماليا لزوجته الاولى في هذه الحالة، فان التزامه يكون صحيحا، ولايعترض عليه بأن الالتزام هنا شرط جزائي تابع لالتزام أصلي باطل، فان الالتزام بدفع التعويض في هذه الحالة يعتبر التزاما أصليا معلقا على شرط واقف هو الزواج بأخرى، ومثل ذلك التزام الزوج بدفع تعويض لزوجته، اذا طلقها، فلا يكيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقترن بشرط جزائي، بل على أنه التزام أصلي معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق[٩٨].

**٢٦٢ ــ ما يستفاد من هذا الحكم:**

ويستفاد مما انتهت اليه محكمة النقض في هذا الحكم أن التعويض عن الطلاق يعد

(٩٨) نقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠، المحاماه ٢٠-١١٤٦-٤٨٣.

امرا زائدا عن التعويض المضروب بالشرع، وذلك لاختلاف السبب في كل منهما، فاذا كانت المتعة سببها وقوع الطلاق مجردا، فان التعويض هنا سببه ومصدره هي الارادة التي تمثلت في اتفاق بين الزوج وزوجته على هذا التعويض، والذي تمخض عن التزام شرطي ما كان ليوجد لولا الاتفاق عليه(٩٩)، وقد علق الطرفان وجود هذا الالتزام على أمر مستقبل لتعذر علمهما وقت الاتفاق بتحقق الامر المستقبل أو عدم تحققه، اذ لو علما ذلك لرتبا علاقتهما على أساسه ترتيبا باتا(١٠٠).

ويترتب على ذلك أن الالتزام الشرطي يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط، وهو وقوع الطلاق في تلك الحالة، بصرف النظر عن وقوع خطأ من المدين، أو إصابة الدائن بضرر، ويعتبر مستحقا من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط بناء على المادة ١٠٥ مدني التي تجعل للشرط أثرا رجعيا(١٠١).

ولو لم يكن لهذا الالتزام بالتعويض ذاتية مستقلة لما كان للنص عليه بالاتفاق فائدة، حيث ان أحكام الطلاق كانت ستغني عنه على أساس أن وقوع الطلاق في حد ذاته يعد سببا يترتب عليه استحقاق المتعة، فاتجاه الارادة اليه دليل على أنه متميز عنه ومقصود لذاته، واذا كان سبب المتعة اجراء الطلاق دون اعتساف، فان سبب هذا الالتزام هو الاساءة في استعمال حق الطلاق.

٢٦٣ ـ ثانيهما: يرى أن هذا التعويض لايخرج عما قررته أحكام الشريعة بخصوص المتعة المستحقة للمطلقة، والتي هي عبارة عما يدفعه الزوج لمطلقته بعد الفرقة بينهما، وذلك تطييبا لخاطرها وجبرا لإيحاشها فهي من هذا المنطق لاتخرج عن كونها مجرد تعويض عما لحقها من ضرر نفسي وأدبي بسبب الطلاق(١٠٢).

(٩٩) سليمان مرقس ـ المراجع نفسه ـ ص ١٩٣.
(١٠٠) المرجع نفسه ـ ص ١٩٥.
(١٠١) المرجع والمكان السابقان، وراجع: حسين عامر وعبدالرحيم عامر المرجع السابق ـ ص ٢٨١، حيث يقرران أنه: سبق القول أن الطلاق ينزل منزلة المحرم المنهي عنه، وهو على الاقل بغيض الى الله، وليس من أدنى ريبة ان للحاكم شرعا أن يعاقب بالتعزير كل من يقترف محرما أو معصية وذلك التعزير يختلف بحسب كل معصية، وهذا يعنى أن للحاكم أن يوجب التعويض على من يطلق زوجته بلا مبرر أو بغير سبب مقبول.
(١٠٢) د. السعيد مصطفى السعيد ـ في رسالته اساءة استعمال حق الطلاق ـ ص ٢٤٥، وراجع: الشيخ أحمد ابراهيم ـ الاحوال الشخصية ـ فقرة ٢٠٣.

يقول الاستاذ الدكتور سليمان مرقس [١٠٣]: وقد حكم بذلك بعض المحاكم الابتدائية فجعلت الزوج مسئولا عن اساءة استعمال حقه في الطلاق، والزمته بتعويض ما يلحق الزوجة بسبب ذلك من ضرر مادى أو أدبي، ثم يقول: فالشريعة تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت الى تشريعة وهي تعذر الوفاق، وتقيده أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لايترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية، فاذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عيه المتعة لمطلقته[١٠٤]، وهذا القول صريح في أن التعويض المستحق هو المتعة.

**٢٦٤ ــ تقييم هذين الاتجاهين:**

والاتجاه الثاني متفق مع ما تقضي به أحكام الشريعة الاسلامية بخصوص المتعة للمطلقة، لكن تنظيم الشريعة الاسلامية للضرر الادبي الناشىء عن الطلاق شامل لكل حالات الضرر، كما أن تقدير التعويض عنه يدور مع هذا الشمول فقد يتقرر للمطلقة قبل الدخول، وقد يتقرر للزوج في بدل الخلع، ومن ثم يمكن القول ان للشريعة الاسلامية نظرة شاملة في هذا الموضوع يفتقدها القانون، أما الاتجاه الاول، فانه ينطوى على زيادة تمثل مزيدا على ما جاءت به الاحكام الشرعية، ومن المعروف ان أقصى حالات الاعتساف في وقوع الطلاق، هي الطلاق المحرم والطلاق المكروه، والاول يكون في حال البدعة، كما لو طلق زوجته في حال الحيض، وهذا لايترتب عليه أثر مالي، وانما الذي يترتب عليه هو الاثم الذي يستوجب العقاب الاخروى، أو عدم الاعتداد بوقوع الطلاق في حال الحيض على نحو ما ذهب اليه ابن تيمية وابن حزم الظاهرى[١٠٥]، وليس من ضمن تلك الآثار مطلقا استحقاق مبلغ من المال يكون الطلاق المحرم، وهو الذي يمثل أقصى صور الاعتساف سببا في استحقاقه للزوجة وفي حالة الطلاق المكروه، وهو الذي يوقعه الزوج لغير حاجة، فان كل ما يترتب على الكراهة مجرد الاثم الذي يستوجب العقاب الاخروى فقط، وليس من ضمن أحكامه

(١٠٣) د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٠٢، والاحكام القضائية المشار اليها نفسه.

(١٠٤) المرجع نفسه ـ ص ٢٠١ وما بعدها.

(١٠٥) راجع: المحلى لابن حزم ـ جـ ١٠ ـ ص ١٩٧ ـ مسألة ١٩٥٣، ونيل الاوطار ـ للشوكاني ـ جـ ٦ ـ ص ٢٢٦.

استحقاق المطلقة لمبلغ من المال ومن ثم يكون هذا التعويض الناشيء بسبب التعسف في استعمال الطلاق امرا زائدا.

٢٦٥ ــ وربط الطلاق بالمال يجعله أشبه بسلعة مبتذلة، والاعراض يجب أن تصان عن هذا الامتهان، كما أن الاتفاق على جعل الطلاق نظير مال سيمثل ذريعة لنكاح المتعة، والنكاح المؤقت وكلاهما باطل، والباطل حكم التحريم، وذريعة المحرم تكون على وفق حكمه.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى ان الاصل في الطلاق هو الحظر والمنع وخلاف الاولى، والاولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو ايذائها احدا، لما فيه من قطع الالفة، وهدم سنة الاجتماع والتعريض للفساد، وقد قال الله تعالى: ﴿فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾، ولقوله صلى الله عليه وسلم: ابغض الحلال إلى الله الطلاق، وقوله صلى الله عليه وسلم: أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة[١٠٦].

وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة ولمخاطر الطلاق المتعددة ومن ثم كان ايقاعه بلا حاجة حمقا، وسفاهة ورأى، ومجرد كفران النعمة، واخلاص الايذاء بها وبأهلها وأولادها.

.. ومع ذلك فان كل ما يترتب عليه هو الاثم، لان الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية خفية لاتخضع للاثبات الظاهر في القضاء، وقد تكون مما يجب ستره حفظا لسمعة المرأة، ومنعا من التشهير بها، ولهذا كان الاصل الا يحكم على الرجل بتعويض مادى للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا ويكتفي بما قرره الشرع من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق[١٠٧].

(١٠٦) نيل الاوطار - جـ ٦ ص ٢٢١، وراجع: رأى الجمهور في أن الاصل في الطلاق الحظر، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٢ - ص ٣٦١، والمهذب للشيرازى - جـ ٢ - ص ٧٨، والمغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٩٧، وقارن ما ذهب اليه الحنفية من أن الاصل في الطلاق الاباحة، حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٢ - ص ٥٧١، ومابعدها.

(١٠٧) د. وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - جـ ٧ - ص ٤٠١- دارالفكر ببيروت.

# الفصل الرابع
# الضرر الأدبي الناشيء عن مجرد الاعتداء على حق ثابت للانسان

٢٦٦ ـ والضرر الادبي الناشيء عن مجرد الاعتداء على حق ثابت للشخص يعتبر أحد تطبيقات الضرر الادبي وهو قد يتمثل في مجرد الاعتداء على حق مالي للشخص، كما في دخول أرض مملوكة للمضرور وهو المالك على الرغم من معارضته، فانه يجوز له أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر وهذا الضرر في الواقع يعتبر ضررا أدبيا نتج من جراء الاعتداء على ملكه اذ أنه لم يصبه ضرر مادى من هذا الاعتداء، فالضرر الادبي قد يترتب على مجرد الاعتداء على حق الشخص على نحو ماسبق.

ومن صور ذلك النوع من الضرر اقتحام شخص ملك غيره غصبا[1]، وقد يتمثل الاعتداء على حق غير مالي ثابت للشخص كحقه في تمييز ذاته، وحقه في الخصوصية على نحو ماسترى.

**٢٦٧ ـ الاعتداء المجرد على حق مالي للشخص في الفقه الاسلامي:**

والاعتداء المجرد على حق مالي للشخص يعد ضررا أدبيا، وهو قد يتمخص عن نقص معنوي في الشيء الموجود تحت اليد بطريق غير مشروع كالغصب، وهو المسمى في المذهب الحنفي بالنقصان، والذي يعد صورة من صور الاتلاف المعنوى، ويقع عن طريق الغصب وهو وضع اليد على مال الغير قهرا وعنوة، كما يقع بوضع اليد على مال الغير بوجه غير مشروع وقد مثلوا لذلك بما لو وضع يده على عقار غيره، فنقص بسكناه أو بزرعه فانه يضمن النقصان بالاجماع[2]، وكذلك لو غصب عينا لغيره، فآجرها

---

(١) الوسيط للسنهورى ـ جـ ١ ـ ص ٨٦٥، د. أحمد حشمت ابو ستيت ـ السابق ـ ص ٤٤٠، د. جمال الدين زكي ـ السابق ـ فقرة ٢١٥، وفي هذا المعنى: د. توفيق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٥٥، فقرة ٢٩٦، د. عبدالمنعم فرج الصده ـ السابق ـ ص ٥٩٠، حسين عكوش ـ المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد ـ ص ١١٠.

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ١٨٢ وما بعدها.

فنقصت فإنه يضمن النقصان، وقد نصت على ذلك مجلة الاحكام العدلية فقالت: لو اطرأ أحد على مال غيره نقصانا من جهة القيمة، فانه يضمن نقصان القيمة[٣].

والأمثلة التي ضربها فقهاء الحنفية لتصور النقص الناشيء عن الوضع غير المشروع لليد على مال الغير ربما تدل أكثر على ضمان النقص المعنوي فيها، لأن النقص اللاحق بالعين في الامثلة التي ضربوها لايخرج عن كونه نقصا يتصل بالجانب المعنوى فيها أكثر من الجانب المادى، وقد ذكر الفقهاء أن النقص الطارىء على العين المغصوبة يكون بأربعة مظاهر:

***الأول: تراجع السعر:***

وهذا لايوجب الضمان في جميع الاحوال، لأنه قد تم بسبب لايد للغاصب فيه وهو اختيار الحنابلة لان النقص لتغير الاسعار لايضمن عندهم، وهو رأى جمهور الفقهاء[٤].

***الثاني: فوات جزء من العين المغصوبة:***

وفوات جزء من العين المغصوبة، يعتبر نوعا من الضرر يغلب عليه الطابع المالي ويمكن تقديره بالنقود، ولهذا كان موجبا للضمان عند فقهاء الحنفية في جميع الاحوال. وهو اختيار الحنابلة حيث يقولون: بضمان النقص في العين المغصوبة[٥].

***الثالث: فوات وصف مرغوب فيه:***

والوصف المرغوب فيه هو ما يكون دافعا للاقبال على الشيء، فيزيد من قيمته وفواته يكون دافعا للاعراض عنه، ومن ثم تقل قيمته في سوف البيع والشراء ومثلوا له بفوات السمع والبصر، واليبس في الحنطة، وهذا يوجب الضمان في غير أموال الربا.

***الرابع: فوات معنى مرغوب فيه:***

والمعنى الذي يرغب فيه يتمثل فيما يقوم بالشيء من معان تزيد من قيمته، كالعبد

---

(٣) مجلة الاحكام العدلية ـ المادة ٩١٧.

(٤) المغنى ـ جـ ٥ ـ ص ٢٦٠، وص ٢٩١، حيث يقول: وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الاسعار، نص عليه أحمد وجمهور العلماء ويقول: وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه، والمهذب للشيرازى ـ جـ ١ ص ٣٩٦. والقوانين الفقهية لابن جزى ـ ص ٣٣١ ـ وكشاف القناع ـ جـ ٤ ـ ص ٩٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٣ ـ ص ٤٥٢.

(٥) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٥ ـ ص ٢٥١، وص ٢٦٢.

المحترف، لو غصبه فنسى حرفته، أو كانت الامة شابة مرغوبا فيها، فلما غصبها، صارت عجوزا شمطاء، أو كان العبد شابا فصار شيخا لايقدر على العمل فانه يجب الضمان فيه(٦)، أى يجب ضمان النقص الطارىء الذي مس بالمعنى الموجود في الشيء المغصوب، والواقع أن هذه المعانى لاتقوم بالمال أصلا، فنسيان الحرفة أو صيرورة المغصوب شيخا، أو زوال جمال الامة ونضارتها هذه معاني يغلب على الضرر فيها طابع الضرر المعنوى، ووجوب تقومها بالمال في نظر الفقهاء يدل على ضمانه.

ويقول ابن قدامة: وان غصب عبدا فسمن سمنا نقصت به قيمته، أو كان شابا فصار شيخا، أو كانت الجارية ناهدا فسقط ثدياها وجب ارش النقص، لانعلم فيه خلافا، فان كان العبد امرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته، وجب ضمان نقصه لانه نقص في القيمة بتغير صفته، فيضمنه(٧).

ويقول: وان غصب عبدا ذا سمن مفرط فخف جسمه ولم تنقص قيمته فلايجب شيء فيه سوى رده، لان الشارع إنما أوجب في هذا ما نقص من القيمة، ولم يقدر بدله، ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء(٨).

ويقول ابن رشد: والطوارىء على المغصوب اما بزيادة واما بنقصان، وهذان اما من قبل المخلوق، واما من قبل الخالق، فاما النقصان الذي يكون بأمر من السماء، فانه ليس له أن يأخذه الا ناقصا أو يضمنه قيمته يوم الغصب، وقيل: إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب، أما ان كان النقص بسبب الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه، وما نقصت الجناية يوم الجناية

---

(٦) شرح مجلة الاحكام العدلية. للاتاسي - جـ ٣ - ص ٤٢٩، وما بعدها، حاشية ابن عابدين على الدر المختار، جـ ٥ - ص ١٨٣، وتكلمة الفتح - جـ ٧ - ص ٣٨٢، وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٥، ص ٢٢٨، وبدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ - ص ١٥٥. يقول الامام الجونيى في الجمع والفرق. تحقيق عبدالرحمن المزينى مسالة ٢١٣، لو غصب جارية وقيمتها خمسمائة فعلمها قرآنا فارتفعت إذا تعلمت القران اكتسبت صفة في النفس زائدة، وصفات النفس غير صفات السوق. لان صفات النفس لاتتبدل. فإذا تعلمت القرآن اتصفت نفسها بفضيلة لم تكن فصارت تلك الصفة ملحقة بالسمن وسائر زيادات الاعيان، فالسمن وماشاكله من صفات الذات، زيادات في العين صارت موجودة ثم فقدت فتضمن بالفقد.

(٧) المغنى - جـ ٥ - ص ٣٥٢.

(٨) المرجع نفسه - ص ٢٥١.

عند ابن القاسم، وعند سحنون مانقصته الجناية يوم الغصب[٩].

**٢٦٨ ــ خلاصة رأى الفقهاء في ضمان النقص المعنوى:**

ويبدو من خلال ما ذكره الفقهاء بخصوص ضمان النقص المعنوى الطارىء على العين المغصوبة، أنهم متفقون حول أمرين:

***أولهما:*** اذا كان نقص العين بسبب هبوط سعرها فانه لايضمن اذا رد العين مكان غصبها، لان نقصان السعر ليس نقصا ماديا في المغصوب، وانما سببه فتور رغبات الناس، وهذه لايد للعبد فيها.

***ثانيهما:*** اذا كان النقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه، كضعف الحيوان وزوال سمعه أو بصره، أو طروء الشلل، أو نسيان المهنة، أو زوال الجمال في الامة، أو تقدم السن في العبد، وهذه الاوصاف يجب ضمان النقص الحاصل فيها، بجانب العين.

ويشترط لضمان النقص الحاصل في العين مع ردها أن يكون المال المغصوب غير ربوى فان كان ربويا، كحنطة تعفنت، واناء فضة كسر، فليس للمالك الا أخذ المغصوب بذاته ولا شيء غيره بسبب النقصان، لان المال الربوى لايمكن فيه ضمان النقص مع استرداد العين، لان ذلك يؤدى الى محظور شرعي وهو الربا فلايجوز، وغنى عن البيان ان المالكية يشترطون أن يكون نقص المغصوب بفعل الغاصب، وليس بسبب آفة سماوية، فان كان بسبب ذلك فانه لايضمن عندهم، ومن المؤكد أن ضمان فوات وصف مرغوب فيه، أو معنى مرغوب فيه يعد صورة من صور ضمان النقص المعنوى، وان كان مرتبط بالمال أصلا، فهو أقرب الى الضرر الادبي منه الى الضرر المالي.

**٢٦٩** ــ كما يعتبر مساسا بحق أدبي في الجملة، كل ضرر ينال من حق غير مالي كحق الشخص على أسمه، وحقه في حرمة مسكنه وحقه المعنوى على مؤلفه[١٠]، فإذا اتفق مؤلف على نشر كتابه، التزم الناشر بالا يحدث أى تغيير فيه احتراما لما للمؤلف من حق ادبي على مصنفه، فإذا أخل بالتزامه الزم بتعويض المؤلف عما أصابه من ضرر أدبي حتى ولو لم يترتب على ما أحدثه الناشر من تغييرات أى ضرر مادى، بل حتى ولو زاد

---

(٩) بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٣١٨.

(١٠) د. جمال الدين زكي ـ المرجع والمكان السابقان.

الكتـاب رواجا بسببها[١١]، ومن المعروف أن حق المؤلف الادبي على مولفه، والذي يتمثل في نسبة مؤلفه اليه وحقه في تعديله وتنقيحه، وحقه في سحبه من التداول، كل هذه الحقوق مقررة في الفقه الاسلامي وبناء على ما قرره الفقهاء في اسناد القول لقائله، وتغيير الاجتهاد، واعادة النظر فيما كتبه المؤلف إذا ما ظهرت له أدلة جديدة على نحو ما فعل الامام الشافعي في الجديد، وهذه الحقوق الأدبية للمؤلف تستمد الزامها وقوتها من أدلة الشريعة بما يجعل وجودها أمرا مقررا شرعا[١٢].

**٢٧٠ ــ صور الاعتداء المجرد على الحقوق غير المالية الثابتة للشخص:**

وإذا كان مجرد الاعتـداء على حق مالي يمثل ضررا أدبيا فانْ التعدى المجرد على الحقوق غير المالية للشخص يمثل ضررا أدبيا يستوجب التعويض، والحقوق غير المالية الثابتة للشخص كثيرة، يأتى في مقدمتها في الاهمية حقان، هما حق الانسان في تمييز ذاته، وحقه في احترام حياته الخاصة، ومن ثم فان التعدى على أى من هذين الحقين يعد ضررا أدبيا يستوجب المساءلة ويستأهل التعويض، وهذان الحقان في واقع الامر يعتبران تأصيلا يجمع بين ثناياه صورا متناثرة لحقوق غير مالية مختلفة، يستبين كنهها من خلال دراسة هذين الحقين، على نحو ما سنقوم به، وسوف نخصص لكل واحد من هذين الحقين مبحثا نقوم بدراسته فيه ثم مقارنته باتجاه الفقه الاسلامي.

(١١) د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ـ ص ٦٣.
(١٢) راجع في هذا المعنى كتابنا: الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الادبية في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون ـ طبعة ١٩٩٠، فقرة ٧ وما بعدها.

## ( المبحث الأول )

## الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاتـــه

### ( المطلب الأول )

### الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته في الفقه الوضعـــي

٢٧١ ـ لكل شخص الحق في أن يتميز بشخصه عن أشخاص الآخرين، ولما كان هذا يتم له عن طريق الاسم، كان لكل شخص الحق في أن يكون له اسم، وكان حق الانسان في أن يكون له اسم، من الحقوق التي تتصل بشخصه، والتي لاتقـدّر بمـال.

ان الاسم هو مظهـر الحياة الادبية والمـادية للشخص في كل علاقـاتـه العـائلية والاجتماعية، إنه علامة الانسان التي يتميز بها في حياته العامة والخاصة، بل انه عنصر من عناصر الشخصية يجوز تشبيهه بالاشياء أو جعله محلا للتعامل، انه علامة رمزية على المواهب الشخصية من ذكاء واستقامة، وعلى مركز الشخص باعتباره مواطنا.

٢٧٢ ـ مضمون حق الانسان في تمييز ذاته:

ويتمثل حق الانسان في تمييز ذاته باسمه الذي يميزه والذي يسمى بالاسم المدني، ويتكـون اسم الشخص المـدنى من عنصرين، أولهما: الاسم الشخصي، وثانيهما: اللقب، أما الاسم الشخصي فانه هو الذي يتعين به الشخص تعيينا ذاتيا خاصا(١٣)،

---

(١٣) د. سعيد جبر ـ النظام القانونى للاسم المدني ـ ص ٩ ـ دار النهضة العربية ١٩٩٠م. حيث يقرر ان الاسم الشخصى وان كان يميز الانسان عن سائر افراد اسرته، فان الاسم الشخصى مع اللقب يميز الانسان عن سائر افراد المجتمع، ولذلك فإنه هو العلامة المميزة للشخص تمييز اعاما سواء كان هذا التمييز بين افراد اسرته أو بين افراد المجتمع ككل. وقد جاء في حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم ٧٥٥ لسنة ١٦ق بجلسة ١٩٧٢/١٢/٢ : انه ليس في نص المادة ٢٧ مدني مايفيد حظر اضافة اسم الوالدين إلى اسم الولد ولقب الاسرة بل ان في هذه الاضـافـة تأكيدا لما تغياه المشرع من الحرص على التعريف ألكامل بالاشخاص وازالة اللبس والتشابه بين الاسماء، راجع مجموعة المبادى القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في ١٥ عاما من ١٩٦٥ ، ١٩٨٠، جـ ١ ـ ص ٦٤.

ويكون اختيار الاسم لمن له الولاية على الطفل، فان لم يكن له ولى، كان اختيار الاسم واجبا على القائمين على الجهة التي تلقته أول ولادته.

وقد حرصت بعض القوانين الاجنبية على أن يكون اسم الانسان بحيث لايعرض صاحبه للسخرية، أو يشكك في أصله، كما حرمت أن يطلق على الشخص أسماء مضحكة أو مخلة بالحياء أو النظام العام أو الشعور الديني أو الوطني، وان يطلق على من لايعرف آباؤهم اسماء تدل على ذلك، واعطت للنيابة العامة في مثل تلك الاحوال وغيرها، الحق في تغيير هذه الاسماء(١٤).

أما اللقب: فهو اسم العائلة، ويلاحظ أن القانون المدني المصري الجديد قد فرض على كل شخص أن يتخذ إلى جانب اسمه لقبا يميزه، حيث ان الاسم وحده لايكفي للتمييز، وهذا تجديد أتى به المشرع المصرى، ولما كان نظام الالقاب نظاما مستحدثا اشير إلى وجوب اصدار تشريع خاص ينظم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها(١٥). كما نص ا لقانون على أن لقب الشخص يلحق أولاده، وعلى هذا فالطفل الشرعي، يكتسب بمجرد ولادته لقب أبيه، ويحصل هذا الاكتساب وفقا لحق الدم Jure Sanguinis لاوفقا لحق الارث Jure hereditatis. لان الطفل يكتسب اللقب حال حياة والده لابعد وفاته فحسب(١٦)، والقاعدة العامة في قانوننا، أن الاسم واللقب لايقبلان التغيير بمحض ارادة الشخص خلافا لما كان عليه الحال في القانون الرومانى، حيث كان للافراد في هذا الصدد حرية واسعة، ولقد نص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ على الاجراءات التي يجب اتباعها على من يريد تغيير اسمه، فعلى من يريد أن يغير اسمه أو يصحح ما ورد بشأنه في شهادة الميلاد أن يقدم طلبا بذلك إلى المديرية أو المحافظة

(١٤) مثال ذلك: القانون الايطالي الصادر في ١٥ نوفمبر سنة ١٨٦٥ الذي ينظم الحالة المدنية، والقانون المكمل له والصادر في ٨ مارس ١٩٢٨، راجع: د. عبدالحي حجازي ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ ص ٢٧. مكتبة سيد عبدالله وهبة، د. جميل الشرقاوي ـ دروس في اصول القانون المدني ـ ص ١٩٦ ـ طبقة ١٩٧١ د. حسام الاهوانى ـ نظرية الحق ص ٩٢ ـ طبعة ٧٠/ ١٩٧١م، د. سعيد جبر ـ السابق ـ ص ١٢.

(١٥) المادة ٣٩ من القانون المدني المصرى الجديد.

(١٦) تنص المادة ٣٨ من القانون المدني الجديد على أنه: يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده، واللقب هو الاسم العائلى الذي يطلق على الاسرة التي ينتمى اليها الشخص وبالتالي فهو مشترك بين كافة افراد هذه الاسرة، كما يميز كل اسرة عن الاسر الاخرى، راجع: د. سعيد جبر ـ المرجع نفسه ـ ص ١٦.

التي ولد بدائرتها، ولايتم تغيير الاسم أو تصحيحة الا بقرار يصدر من وزير الصحة بعد موافقة لجنة خاصة وبعد النشر والاعلان عن طلب التغيير(١٧).

**٢٧٣ ـ الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدني:**

وحول الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدني اختلف الشراح في ذلك، وانقسموا فيه إلى مذهبين رئيسيين:

*أولهما:* ذو طابع عام، حيث يغلب عليه طابع القانون العام، حتى ان بعض الفقهاء قد سوغ تسميته بمذهب القانون العام لذلك(١٨).

ومؤدى هذا المذهب أن الاسم هو نظام من نظم القانون العام، حيث يتمتع بحماية عامة، انه نظام ادارى يمثل صورة الزامية لتمييز الاشخاص بعضهم عن بعض، وبعبارة أخرى يعتبر الاسم وسيلة للتمييز، فهو ليس حقا للفرد، وانما هو واجب أكثر منه حق(١٩).

*ثانيهما:* ذو طابع خاص، وهو مايمكن تسميته بمذهب القانون الخاص ومن مقتضى هذا المذهب أن الحق في الاسم هو حق للفرد، وهو بالتالي احد الحقوق التي ينظمها القانون الخاص وانصار هذا المذهب، وإن كانوا قد اتفقوا على أن حق الانسان في اسمه حق خاص، الا أنهم اختلفوا في طبيعة هذا الحق، فذهب فريق منهم إلى أنه حق ملكية، وانه بالتالي ذو طابع مالي، وذهب فريق آخر إلى أنه من حقوق الشخصية(٢٠).

---

(١٧) المواد: ٢٩، ٣١، ٣٢، من القانون المذكور.

(١٨) د. عبدالحى حجازي ـ السابق ـ ص ٢٨.

(١٩) المرجع نفسه ـ ص ٢٩، ويرى العلامة بلانيول: ان الاسم ماهو الا وسيلة ميسورة وضرورية في يد الدولة لتمييز الافراد بعضهم عن بعض في المجتمع الذي يعيشون فيه فهو نظام للامن المدنى في المجتمع لانه بالاسم تتحدد هويه كل شخص ويمكن مطالبته بواجباته سواء تجاه الدولة كالضرائب والخدمة العسكرية او تجاه الافراد في المعاملات المختلفة، راجع: planiol: Traile elememtaire de droit civil, 2 e.ed. T. I. N. 388 et:c.

(٢٠) المرجع والمكان السابقان، د. سنعيد جبر ـ السابق ـ ص ٧٣، والاحكام المشار اليها فيه والذين قالوا إنه حق من حقوق الشخصية ويعتبر من الحقوق التي تختلط بشخص الانسان ذاته ـ او طبقا لتعبير البعض: من الأموال الفطرية المرجع نفسه ص ٨٧.

**٢٧٤ ـ تقدير هذين المذهبين:**

والواقع أن لكل من هذين المذهبين نصيبا من الصحة، أما أن الحق في الاسم له طابع عام، فذلك مالايمكن انكاره، لان المصلحة العليا للدولة تقتضي أن يتميز افرادها بعضهم عن بعض، وأما أن الاسم يجب اعتباره كذلك حقا للفرد، فذلك مالايمكن انكاره أيضا، لانه يستعمل لضمان مصلحة فردية على جانب كبير من الاهمية تتمثل في أن يتميز الفرد بشخصيته عن شخصية الاخرين في كل علاقات الحياة الخاصة، فالاسم يتصل بصفات الفرد الشخصية من ثقافة ونشاط، واستقامة، وتنظيم اجتماعي عائلي لاسيما وأنه في جوهره مشتق من العائلة في الكثير الغالب، وأن العائلة إذا كانت نظاما ذا مصلحة اجتماعية سامية، فهي في أصل ذاتها نظام من نظم القانون الخاص[٢١].

وإذا كان فريق من الباحثين القائلين بأن الحق في الاسم حق خاص، قد ذهب إلى اعتبار هذا الحق حق ملكية ينصب على أموال غير مادية، فذلك الاعتبار غير صحيح، لما هو مقرر أن محل الحق يجب أن يكون شيئا خارج عنه وله قيمة مالية، وكما هو معلوم، فان الاسم ليس في ذاته قيمة مالية، وان الاعتداء عليه هو وحده الذي يترتب عليه نشوء حق ذو طابع مالي، وقد قيل في هذا المعنى، أن تشبيهه بالملكية، أو اطلاق وصف الملكية عليه محمول على المجاز لاعلى الحقيقة[٢٢].

***خلاصة القول:*** أن لكل واحد من هذين المذهبين قدراً كبيراً من الحقيقة، لان الاسم ليس مجرد وسيلة للتمييز أو قيدا في بطاقة أو رقما يقيد عليه الشخص ليتميز به عن غيره، وهو ليس نظاما اداريا فقط، وانما هو مظهر للحياة العامة والخاصة، يتميز به الشخص، ويعتبر عنصرا فيه لايجوز أن يشبه بالاشياء، ولا أن يصبح كهذه الاخيرة محلا للتعامل، وذلك هو رأى غالبية الشراح، ويمكن القول أيضا: ان ذلك هو اتجاه

(٢١) د. عبدالحى حجازى ـ المرجع والمكان السابقان ـ وقد انتقد اعتبار الاسم حق ملكية على اساس انه ليس مالا حقيقيا ولايدخل في دائرة التعامل، ولايستطيع صاحبه ان يتصرف فيه ماديا بالاتلاف مثلا، كما يتنافى مع كون الملكية حقا مقصور اعلى صاحبه. راجع: د. احمد سلامة ـ السابق ـ ص ١٧١، د. جمال الدين زكى ـ دروس في مقدمة الدراسات القانونية ـ ص ٢٤٠، طبعة ١٩٦٩، د. حسام الدين الاهوانى ـ السابق ـ ص ٦٢، د. احمد شرف الدين ـ نظرية الحق ـ ص ٦٢ طبعة ١٩٨٧م.

(٢٢) راجع في هذا المعنى: د. عبدالحي حجازى ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٩.

القانون المدني المصرى الجديد[٢٣].

**٢٧٥ ــ الاسم المستعار يشبه الاسم المدني:**

والاسم المستعار، وهو الاسم الذي يتخذه الشخص لنفسه سترا لاسمه الحقيقي، ويشبه كذلك الاسم المدني، من حيث كونه من حقوق الشخصية[٢٤]، ذلك أن للشخص، في كل نواحى نشاطه، وعلى الاخص في نواحى نشاطه الادبي أو الفني أو الصحفي أو الديني أو السياسي أو التجاري، أن يستر اسمه الحقيقي ويتخذ لنفسه اسما خياليا يسمى الاسم المستعار، وهذا الحق يحفظ مصلحة انسانية مرتبطة بالشخصية يجب أن يحميها القانون.

**٢٧٦ ــ وظائف الاسم المستعار:**

والاسم المستعار يؤدى في حياة صاحبه احدى وظيفتين:

*الاولى:* تمكين الشخص في بعض نواحي نشاطه، من ستر اسمه، فإذا كان مؤلفا جاز له ان ينشر عمله الفني بدون اسم، أو باسم مستعار على أن يكون له الحق في أن يظهر شخصيته إذا شاء وعندما يشاء وان يطلب إلى القضاء اثبات صفته كمؤلف ضد كل من ينتحل عمله الفني وحق الشخص في الكشف عن شخصيته، بعد تعد سترها، هو حق شخصي يترك للمؤلف وحده، فهو وحده الذي يقدر ما إذا كان من المناسب أن يفصح أو لا يفصح عن شخصيته، والدافع إلى ستر الاسم الحقيقي في اسم مستعار قد يكون سببه مركز للمؤلف الاجتماعي، أو طابع العمل الذي يحمل اسمه المستعار

---

(٢٣) راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ١ ـ ص ٣٦٣، كما يمكن القول: ان الفقه المصري وان كان يعترف بان الاسم حق من حقوق الشخصية الا انه لايقصره على هذا الوصف وانما يرى فيه واجبا ايضا يقع على عاتق صاحبه، راجع في هذا المعنى: د. سعيد جبر السابق ـ ص ٨٩، د. سليمان مرقس ـ الوانى في شرح القانون المدنى ـ المدخل للعلوم القانونية ـ ص ٨٢٣. مع حبيب شلبى الطبعة السادسه ـ والدكتور عبد المنعم البدراوى. مبادىء القانون ـ ص ٣٣٧ـ طبعة ١٩٨١م. د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٢٩٨، د. حسام الاهوانى ـ السابق ـ ص ٦٧ وما بعدها، د. احمد شرف الدين السابق ـ ص ٦٣، وقد تبنت اعتبار الاسم من حقوق الشخص محكمة استئناف القاهرة في حكم لها بتاريخ ١٥/ ٣/ ١٩٧٢ في القضية رقم ٣٣١/ ٨٧ قضائية. راجع: مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية ـ عبدالمنعم حسنى ـ جزء (١) أشخاص ـ ص ١١.

(٢٤) د. سعيد جبر ـ السابق ـ ص ٤٥.

أو ربما يكون الدافع له أنه يريد أن يجرب كفاءته الادبية أو العلمية قبل أن يفصح عن شخصيته، رغبة منه في حماية مركزه الادبي أو تقاليده العائلية أو مستقبلة العلمي(٢٥).

*الثانيـــة:* تحديد مجال شخصية صاحب الاسم المستعار في بعض نواحي نشاطها تحديدا معينا يحل الاسم المستعار في هذه النواحى محل اسمه المدني، بحيث تصبح وظيفة هذا الاخير وظيفة ثانوية مقصورة على علاقاته الشخصية وحالته المدنية، أما في علاقاته الاجتماعية، وفي نواحى نشاطه الفني، فتكون شهرته في اسمه المستعار الذي يطلق عليه غالبا الاسم الفني أو اسم الشهرة.

**٢٧٧ ـ الاسم التجارى:**

والاسم التجارى هو الآخر احد الجوانب التي يتحدد من خلالها حق الانسان على اسمه سواء كان هذا الاسم مدنيا أم مستعارا أم اسما تجاريا، والاسم التجارى هو ما يختاره صاحبه لمزاولة نشاطه التجارى تحته، بحيث يشتهر به ويكتسب سمعته في الجودة والامانة من خلاله، وهذا الاسم قد يتكون من الاسم المدني أو من غيره، وقد اختلف الشراح في طبيعة الاسم التجارى إذا كان هذا الاسم قد تكون من اسم صاحبه المدني، أي الـذي يحمله هو كحق له في تمييز ذاته عن غيره، وعما إذا كان هذا الاسم يظل مكتسبا بعد تحوله إلى اسم تجارى لخواص الاسم المدنى من حيث كونه عنصرا من عناصر الشخصية، يغلب عليه الطابع الادبي وليس المالي، وأنه لايقبل التنازل عنه، اختلف الشراح في ذلـك، والـرأى الـراجـح لدي غالبيتهم أن الاسم المدني عندما

(٢٥) د. عبدالحي حجازى ـ السابق ـ ص ٣٤، د. سعيد جبر ـ السابق ـ ص ٤٦، ٤٧ وقد يكون الباعث على اتخاذ الاسم المستعار هو التخفى من نسبة ارتكاب الاخطاء اليه. خاصة الاخطاء العسكرية أو قد يكون الدافع تسهيل المهمة كما في استعمال رجال الشرطة السريين للاسم المستعـار وقـد يكون الباعث الهروب من القيود الاجتماعية، وقد يكون الباعث متمثلا في صعوبة الاسم الاصلى للانسان، وإذا كان للانسان الحق في ان يختار لنفسه اسما مستعارا، فان هناك بعض الحالات لايكون له فيها هذا الحق من ذلك ماورد في القانون الفرنسى من حظر استعـمـال الاسم المستعـار في حالات الاجـانب المقيمـون في فرنسـا وفي الـوظـائف الانتخابية. والخدمة بالقوات المسلحة، والمهن الطبية. حيث لايجوز استخدام اسم مستعار في تلك الـوظـائف كما يدخل في الحظر العاملون بمرفق القضاء. كالقضاة ومعاونيهم من الموظفين القضائيين والمحامين ووكلاء الدعاوى. ويدخل في الحظر ايضا البيانات التي يدلى بها الأفراد في المعاملات الرسمية وللهيئات العامة راجع: سعيد جبر ـ السابق ـ ص: ٥٢-٥٣.

يستعمل كاسم تجارى تتغير طبيعته، فيصبح عنصرا من عناصر المحل التجارى، ويعتبر شيئا غير مادى، ويكون له طابع مالي يمكن التنازل عنه(٢٦).

**٢٧٨ ـ صور التعدى على حق الانسان في اسمه:**

لصاحب الاسم أن يستخدمه في كل مظاهر نشاطه أسوة بأى حق آخر من حقوق الشخصية، ومن ثم يكون له أن يطلب إلى القضاء حماية اسمه ضد من ينازعه فيه بلا مبرر وضد من ينتحله بدون حق، وقد نصت على ذلك المادة ٥١ من التقنين المدني الجديد فقالت: لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه بدون حق ان يطلب رفع هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر، ويبدو من هذا النص أن التعدى على حق الانسان في اسمه يكمن في منازعته على هذا الاسم من جانب الغير، وذلك باستعماله في منازعة رسمية بعمل قضائي أو غير قضائي كانتحال الاسم مثلا(٢٧)، وسواء كانت بقول أم فعل أم امتناع، ولايحتاج التعدى في تلك الحالات على حسن أو سوء نية الغير الذي ينازع في استعمال الاسم، وانما يكفي لحصول التعدى أن تكون ثمة منازعة في استعمال الاسم، وكفى، وذلك بغرض وقف أعمال المنازعة على الاسم في الحاضر والمستقبل(٢٨). كما يتحقق التعدى على الاسم بانتحاله من الغير دون حق، وذلك بان يستعمل الغير نفس الاسم بدون حق، وبالطبع فانه يخرج من تلك الحالة استعمال الشخص لاسمه هو مستفيدا من تشابه اسمه مع اسم غيره بحيث يحدث غموضا في حقيقة شخصيته أو في انتمائه إلى عائلة معينة، ان هذا لايعتبر انتحالا لاسم الغير، وإذا كان هذا الطريق لايمنع من وجود الحماية لا لسبب انتحال الاسم، ولكن للتشابه الذي يتمخض في النهاية عن ضرر بصاحب الاسم المتشابه مع غيره.

ومن صور التعدى أيضا أن يقع الانتحال بقصد اطلاق الاسم على شخص ليس له حتى ولو كان هذا الشخص غير المنتحل، فإذا استعمل شخص اسم غيره لإطلاق

(٢٦) د. عبدالحى حجازى المرجع نفسه ـ ص ٣٥.

(٢٧) فالمنازعة في الاسم تقتضى اعتراض المدعى على من تسمى بالاسم الذي يحمله بمعنى ان ينكر عليه حقه في اتخاذ هذا الاسم واستعماله. د. سعيد جبر ـ السابق ـ ص ١٧٤، د. عبدالفتاح عبدالباقى ـ نظرية الحق ـ ص ٧٨ ـ طبعة ١٩٦٥. د. حسن كيره ـ السابق ـ ص ٥٥.

(٢٨) د. عبدالحى حجازى ـ المرجع نفسه ـ ص ٣١.

على نفسه، ولكن لاطلاقه على شخصية مضحكة أو على منتجات صناعية أو على حيوانات أو لاستعمالة في رواية أو في جرائد هزلية، بحيث يترتب على ذلك ضرر بسمعة أو شرف صاحب الاسم، وسبب الحماية هنا للاسم ليس الانتحال وانما هو التعدى على الشرف والسمعة(٢٩)، وتسرى هذه الاحكام على الاسم المدني كما تسرى على الاسم المستعار.

**٢٧٩ ـ لايشترط الضرر لحماية الحق في الاسم:**

والحق في الاسم يجب أن يحمى لذاته، وبصرف النظر عن حدوث أو عدم حدوث ضرر عن هذا الاستعمال، ان اشتراط حصول الضرر من استعمال الاسم لامكان رفع دعوى حمايته ينطوى على انكار للحماية المقررة لحق الانسان على اسمه، باعتباره حقا قائما بذاته وعنصرا لتمييز الشخص، الامر الذي يترتب عليه أن يكون على صاحب الاسم ان يظل مكتوف اليدين أمام انتحال الغير لاسمه، وذلك لمجرد أنه لايستطيع أن يثبت وجود الضرر، وهذا يتعارض مع طبيعة حق الشخصية الذي يعتبر مجرد الاعتداء عليه اعتداء على حق الشخص في تمييز ذاته، ذلك الحق الذي يجب أن يحمى بدون توقيف للحماية على خطر احتمالى أو حقيقي، وقد قيل بحق: ان لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذي أقام بالمنزل وهو خال من أهله، حتى ولو لم يترتب على اقامته ضرر، بل حتى إذا ترتب على تلك الاقامة مصلحة للمالك كحراسة المنزل وتهويته(٣٠).

وقد سار القانون المدني المصرى على وفق هذا الاتجاه المقبول، فلم يشترط لحماية الحق في الاسم شرط الضرر، سواء في ذلك حالة المنازعة في استعمال الاسم بلا مبرر، وحالة انتحال الغير للاسم بغير حق، فأجاز لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ولمن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر(٣١).

---

(٢٩) المرجع والمكان السابقان، د. عبدالفتاح عبدالباقى ـ السابق ـ ص ٧٢ د. سعيد جبر ـ السابق ـ ص ١٩٨ وما بعدها.

(٣٠) د. عبدالحى حجازى المرجع نفسه ـ ص ٣٢، د. حسن كيرة ـ السابق ـ ص ٥٥١، د. حسام الاهواني ـ السابق ـ ص ٧١، د. سعيد جبر ـ السابق ـ ١٧٩.

(٣١) المادة (٥١) من التقنين المدني الجديد.

يدل على ذلك أن القانون بعد أن أعطى لصاحب الاسم الحق في أن يطلب وقف الاعتداء اعطاه كذلك الحق في أن يطلب التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر، ووجه الاستدلال انه إذا لم يكن هناك ضرر، فليس له الحق في أن يطلب تعويضا، ولكن لاشك أن له الحق في طلب وقف الاعتداء، سواء أوقع لصاحب الاسم ضرر أم لم يقع، اما اشتراط الضرر فهو لامكان الحكم بالتعويض لالوقف الاعتداء، فهذا الاخير جائز طلبه في جميع الاحوال دون توقيف على شرط حصول الضرر.

## ( المطلب الثاني )
## الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته في الفقه الاسلامـــي

٢٨٠ ــ حق الانسان في تمييز ذاته يحصل باطلاق اسم عليه يتميز به وتتحدد معالم شخصيته من خلاله، وقد عرف علماء اللغة الاسم بأنه: من السمو، وهو ما يتحقق به التقوية والرفعة والتقدير[١]، ومن معانية الارتفاع والعلو يقال منه: سموت، وسميت، مثل علوت وعليت، وفلان لايسامى، وقد علا من ساماه، ومنه سميت فلانا زيدا، وسميته بزيد بمعنى واسميته مثله فتسمى به[٢].

***وفي اصطلاح الفقهاء:*** يعرف الاسم بأنه ما يقع به تعريف صاحبه، يقول ابن القيم: ان التسمية لما كانت حقيقتها تعريف الشيء المسمى، لأنه إذا وجد وهو مجهول الاسم لم يكن له مايقع تعريف به. ثم يقول: والتسمية تعريف بالنسبة والمنسوب[٣].

**٢٨١ ــ الكنية واللقب كالاسم في التعريف:**

ومثل الاسم في التعريف بصاحبه: الكنية واللقب، يقول ابن القيم: وهذه الثلاثة (يقصد الاسم والكنية واللقب) وان اشتركت في تعريف المدعو بها فانها تفترق في أمر آخر، وهو ان الاسم اما ان يفهم مدحا أو ذما أولا يفهم واحدا منهما، فان افهم ذلك فهو اللقب، ومن ثم يمكن تعريف اللقب بأنه: مايفهم مدحا أو ذما[٤] ويغلب

(١) مختار الصحاح ص ٣١٦ باب سما.
(٢) المرجع والمكان السابقان.
(٣) ابن قيم الجوزية ـ تحفة المودود بأحكام المولود ـ ص ٢٦٥ ـ ٢٩ ـ المكتبة العلمية بالمدينة المنورة.
(٤) المرجع نفسه ـ ص ٨٠، وقد عرفه الشوكاني في فتح القدير ـ جـ ٥ ـ ص ٦٤ بقوله: اللقب =

استعمـالـه في الذم، ولهذا قال الله تعالى: ﴿ولا تنابزوا بالالقاب﴾، ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم تلقيب الانسان بما يكرهه سواء أكان فيه أم لم يكن[٥]، إلا إذا عرف بذلك واشتهر به كالأعمش والاشتر والأصم والاعرج، وقد اضطرد استعماله قديما وحديثا على السنة أهل العلم وسهل فيه الامام أحمد، قال أبو داود في مسائله: سمعت أحمد بن حنبل سئل عن الرجل يكون له اللقب، لايعرف الا به ولا يكرهه، قال: اليس يقال سليمان الأعمش، وحميد الطويل، كما أنه لايرى به بأسا[٦].

والكنية: ما يكنى به الرجل كأن يقل عنه مثلا: أبو عبدالله، أو أبو القاسم وقد أذن النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة أن تكنى: بأم عبدالله، وهو عبدالله بن الزبير، وهو ابن اختها أسماء بنت أبى بكر[٧]، فالكنية وسيلة من وسائل التعريف بالمكنى.

٢٨٢ ـ الوصف الشرعي لتسمية الانسان:

وتسمية الانســان بمعنى اطـلاق اسم عليه يتميز به عن غيره، وتتحدد به معالم شخصيته من الامور الواجبة، يدل على وجوب التسمية قول الله تعالى: ﴿وما جعل ادعياءكم ابناءكم، ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل، ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله، فان لم تعلموا آباءهم، فأخوانكم في الدين ومواليكم﴾[٨].

حيث أفاد هذا القول الكريم: أن الله تعالى قد نفى عن الدعى وصف البنوة وأهدر حكمها بالنسبة له، والدعى هو من ينسب إلى غير أبيه، أو هو من ينسب ابنا لغير أبيه[٩]، ثم أمـر المخـاطبين ان يدعوا الابناء لآبائهم الذين نزلوا من اصلابهم، أى انسبوهم اليهم بما يدل على أن نسبة الولد إلى أبيه للصلب من الأمور الواجبة، ولما كانت النسبة إلى الاب لاتتحقق الا من خلال التسمية التي تطلق عليه لتميزه عن غيره، ولتبرز رابطة النسب التي تلحقه بأبيه، تكون تلك الاخيرة على حكم غايتها، لما هو مقرر أن للوسائل حكم المقاصد.

ومما يدل على وجوب التسمية من السنة النبوية ما رواه أبو اسحاق عن عمرو بن

---

= هو اسم غير الذي سمى به الانسان.

(٥) ابن القيم ـ المرجع والمكان السابقان.

(٦) المرجع والمكان السابقان.

(٧) المرجع نفسه ـ ص ٧٨ وما بعدها.

(٨) سورة الاحزاب ـ الايتان: ٤، ٥.

(٩) راجع في هذا المعنى: الشوكاني ـ فتح القدير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٦١، دار الفكر بيروت والقرطبي ـ الجامع لاحكام القرآن جـ ١٤ ـ ص ١٢١ ـ دار احياء التراث الغربي ببيروت.

شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أمر حين سابع المولود، بتسميته وعقيقته ووضع الاذى عنه، فهذا الحديث وغيره يدل على وجوب تسمية المولود يوم السابع، وروى مثله من حديث عبدالله بن عمر، انه صلى الله عليه وسلم أمر أن يسمى المولود يوم سابعه[١٠]، والاحاديث في هذا المعنى كثيرة، ووجه الدلالة فيها على الوجوب قوله: أمر النبي صلى الله عليه وسلم، فالامر يدل على الوجوب ما لم يوجد صارف يصرف عنه، ولا صارف له، فيبقى على أصله.

ومما يدل على الوجوب من المعقول: ان ترك التسمية فيه اضراراً بالمولود، وتضييعا للحقوق، واهدارا للنسب، وقد سمى الله نسبة الانسان بما ليس فيه أصلا منكرا من القول وزورا، كما سمى صدق التسمية بأنه اقسط عندالله، أى هو الذي يتفق مع العدل ويحفظ الحقوق وكل ذلك يدل على حرمة ترك التسمية ووجوب اتيانها، حفظا لما يترتب على ثبوتها من حقوق ومنعا لضياع المصالح المرتبطة بها.

### ٢٨٣ ـ جهة التكليف بالوجوب:

وإذا كانت التسمية واجبة، فان تقرير هذا الحكم يقتضى تساؤلا حاصله، على من يقع عبء هذا الوجوب؟، أو من الذي يوجه اليه الخطاب بوجوب التسمية؟ وفي الاجابة عن هذا السؤال يقول ابن القيم: ان التسمية حق للأب، وليس للأم، والحق هنا بمعنى الواجب بدليل أن الاب إذا ترك تسمية ولده يأثم لتركه هذا الواجب، ويقول: وهذا لانزاع فيه بين الناس، وأن الأبوين إذا تنازعا في تسمية الولد فهي للأب والأحاديث المتقدمة كلها تدل على ذلك، وهذا كما أنه يدعى لابيه لا لامه، فيقال: ابن فلان، قال تعالى: ﴿أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: ولد لي الليلة مولود فسميته

---

(١٠) ابن القيم ـ المرجع السابق ـ ص ٦٠ وما بعدها، ومن ذلك ماروى عن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كل غلام رهنية بعقيقة تذبح عنه يوم سابع، ويسمى فيه ويحلق رأسة، رواه اهل السنن كلهم، وقال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، ووجه الوجوب فيه قوله صلى الله عليه وسلم ويسمى فيه: اذ هى امر يفيد الوجوب، راجع: ابو داود في الاضاحى ـ باب العقيقة ـ حديث ٢٨٣٨، والترمذى كتاب الاضاحى ـ باب من العقيقة ـ حديث ١٥٢٢، والنسائى ـ ص ٧ ـ ص ١٦٦، ص ٧ ـ ١١، وابن ماجه ـ حديث ٢١٦٥، وورود والحديث بلفظ: امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بتسمية المولود يومه السابع ضعيف حيث جاء من طريق محمد بن اسحاق وهو مدلس راجع: مسند الامام احمد ـ جـ ٦ ـ ص ١٥٨، ٢٥١.

باسم أبي ابراهيم، وتسمية الرجل ابنه كتسمية غلامه[١١].

ومن ثم يمكن القول أن واجب التسمية بالنسبة للمولود يقع على من له الولاية الخاصة عليه، والتي تثبت للأولياء كالأب والجد حسب ترتيب المستحقين للحضانة، فان لم توجد ولاية خاصة تكون التسمية واجبا على من له ولاية عامة، وهو السلطان الذي هو ولي من لاولي له، لقوله عليه الصلاة والسلام: السطان ولي من لاولي له[١٢]. ومن المعروف أن السلطان يمارس ولايته على من لايعرف لهم نسب من الأولاد من خلال نوابه القائمين على شئون اللقطاء، فيكون الواجب ملقى على عاتقهم، على أساس أسناد الاختصاص في هذا الامر اليهم، أو من ينيبه الحاكم أو يفوضه في هذا الخصوص.

ولهذا نرى أن ما قرره فقهاء القانون بأن اختيار الاسم للمولود يقع على عاتق من له الولاية عليه، أو الجهة التي تلقته أول ولادته لايتعارض مع اتجاه الفقه الاسلامي في هذا الخصوص.

**٢٨٤ ـ طبيعة الحق في التسمية في الفقه الاسلامي:**

وحق المولود في التسمية يتعلق به اعتباران:

***الاعتبار الاول:*** ان ذلك الحق يعد من قبيل الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان والتي تعد أحد معالم شخصيته التي يتميز بها عن غيره، ولهذا يعتبر هذا الحق من تلك الزاوية حقا خاصا للانسان، ومن مقتضى خصوصية هذا الحق أنه يجب ان يكون تسجيلا لعلاقته بأبيه، وفي نفس الوقت ينبغي ان يكون خاليا مما يمكن أن يسيء إلى الشخص في حياته، أو يسبب له أي نوع من الآلام النفسية التي يمكن ان تحدث له من جراء اطلاق اسم يعيّر به عليه، ونشير إلى هاتين الميزتين بشيء من التفصيل:

**٢٨٥ ـ مظاهر الخصوصية في حق الانسان على اسمه:**

وتتمثل مظاهر الخصوصية في حق الانسان على اسمه من خلال أمرين:

---

(١١) ابن القيم ـ السابق ـ ص ٧٩، وراجع: سنن ابى دواد ـ كتاب الجنائز ـ باب البكاء على الميت ـ حديث ٣١٢٦، وسنن البيهقى ـ جـ ٩ ـ ص ٨٩، وشرح السنة للبغوى ـ ص ١١ ـ ٢٦٩.

(١٢) أخرجه أصحاب الكتب الستة والشافعي وأحمد بلفظ: لانكاح الا بولي وايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له، وقد روى مثله عن ابن عباس فيما رواه ابن ماجة عنه، راجع: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ـ جـ ٣ ـ ص ١٦٧.

**الاول:** ان هذا الاسم يجب ان يتضمن تسجيلا لنسبة الولد لابيه، ذلك أن تلك النسبة هي المدخل السليم لحفظ حقوقه المادية والأدبية، ولهذا، ولما كان اتصال نسب المولود بأبيه هو المدخل لحفظ حقوقه الخاصة، وان تجاهل تلك النسبة أو اهمالها ينطوى على آثار خطيرة، من أهمها ضياع تلك الحقوق، فقد توعّد الله من يتسبب في تلك النتائج المحرمة بالوعيد الشديد، كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم الآباء عن انكار بنوة أولادهم، والامهات عن انتساب الأولاد إلى غير أبيهم، وذلك فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية الملاعنة: ايّما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيىء ولن يدخلها جنته، وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رؤس الخلائق في الاولين والاخرين[١٣].

ولم يقتصر النهى على جانب الاباء، بل ان الرسول صلى الله عليه وسلم: نهى الابناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم فقال: من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام[١٤]، وقد ذكر الطبرى أن أبا بكرة قرأ هذا الاية وقال: انا ممن لايعرف ابوه، فأنا اخوكم في الدين ومولاكم، قال الراوى عنه: ولو علم ـ والله ـ أن أباه حمار لانتمى اليه[١٥]، ومن المؤكد ان هذا الوعيد سببه ما يترتب على هذا المسلك من تضييع للحقوق واهدار للنسب، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر[١٦].

**الثاني:** أن الاسم الذي يتسمى به الانسان يجب أن يكون مجردا مما يمكن ان يسيىء إلى من اطلق عليه، حتى لايكون في اطلاقه عليه ما يمس شرفه واعتباره، وحتى لاينطوى هذا الاسم على مايسيىء إلى سمعة صاحبه، وفي هذا الصدد يجيىء أمر النبي صلى الله عليه وسلم باحسان التسمية، وذلك فيما روى عن أبي الدرداء، أنه صلى الله

---

(١٣) أخرجه أبو دواد والنسائي وابن ماجة وصححه ابن حبان، راجع: سبل السلام للصنعانى - جـ ٣ ـ ص ٣٦١.

(١٤) رواه البخارى ومسلم وابو داود وابن ماجة وأحمد عن سعيد بن أبي وقاص وأبي بكرة، كلاهما قالا: سمعته اذ ناى ووعاه قلبي، راجع: تفسير القرطبي - جـ ١٤ ـ ص ١٢١ ـ طبعة، دار احياء التراث العربي ببيروت.

(١٥) القرطبي ـ المرجع والمكان السابقان.

(١٦) راجع: نيل الاوطار للشوكاني ـ جـ ٦ ـ ص ٧٩، وارواء الغليل للالباني ـ جـ ٧ ـ ص ١٩٠، والحديث متفق عليه.

عليه وسلم قال: إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وبأسماء أبائكم فأحسنوا اسماءكم[١٧] وفي هذا الصدد أيضا يرشد النبي صلى الله عليه وسلم إلى ما يحسن من الاسماء وما يقبح، فيما رواه أبو وهب الجشمي قال: قال رسول الله صلى عليه وسلم تسموا بأسماء الانبياء، وأحب الاسماء إلى الله تعالى: ﴿عبدالله وعبدالرحمن واصدقها حارث وهمام، واقبحها حرب ومرة[١٨]، وفي هذا الصدد يقول صاحب سبل السلام، وينبغي اختيار الاسم الحسن له، أي للمسمى، لما ثبت أنه صلى الله عليه وسلم، كان يغير الاسم القبيح وصح عنه: ان اخنع الاسماء عند الله رجل تسمى شاهان شاه، ملك الاملاك لا ملك الا الله تعالى، فتحرم التسمية بذلك، ومن الألقاب القبيحة ما قاله الزمخشرى: انه توسع الناس في زماننا حتى لقبوا السفلة بالقاب العلية، وهب أن العذر مبسوط، فما أقول في تلقيب من ليس من الدين في قبيل ولا دبير بفلان الدين، هي لعمرى والله الغصة التي لاتساغ[١٩].

### ٢٨٦ ـ تغيير الاسماء ذات المعاني الكريهة:

وقد يكون للاسم المختار معنى سيئا تكرهه النفوس وتمجه المشاعر، وذلك كحرب ومرة وكلب وحية واشباهها، أو كالتسمية بأسماء الشياطين كخترب والولهان والاعور والاجدع، يقول عمر رضي الله عنه، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الأجدع شيطان[٢٠]، ومن هذا القبيل اسماء المجرمين والجبابرة كفرعون وقارون وهامان وغير تلك الاسماء مما يبعث ذكرها في النفس استرجاعا لمعنى مقيت أو ذكرى اليمة، او تاريخا سيئا، اذ أن هناك ارتباطا نفسيا بين معنى الاسم والمسمى، ولذلك يقول ابن القيم: قل أن ترى اسما قبيحا الا وهو على مسمى قبيح كما قيل:

وقلما ابصرت عيناك ذا لقب ... الا ومعناه ان فكرت في لقبه

---

(١٧) أخرجه أبو داود في الادب ـ باب تغيير الاسماء. حديث ٤٩٤٨ ومسند احمد ـ جـ ٥ ص ١٩٤ والترغيب والترهيب للمنذرى ـ جـ ٢ ـ ص ٦٩، وشرح السنة للبغوى ـ جـ ١٢ ـ ص ٣٢٧.

(١٨) رواه أبو داود في الادب ـ باب تغيير الاسماء، ٤٩٥٠، وراجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٤ ـ ص ٢٠٤، ـ ومسند احمد ـ جـ ٤ ـ ص ٣٤٥.

(١٩) سبل السلام للصنعاني ـ المكان السابق.

(٢٠) ابن القيم ـ السابق ـ ص ٦٨، وقد روى الحديث ابو داود في سننه ـ باب تغيير الاسم القبيح ـ ٤٩٥٧، واخرجه ابن ماجة في كتاب الادب ـ باب مايكره من الاسماء ـ ٣٧٣١.

والله سبحـانه وتعالى في قضائه وقدره يلهم النفوس ان تضع الاسماء على حسب مسمياتها لتناسب حكمته تعالى بين اللفظ ومعناه كما تناسب بين الاسباب ومسبباتها، قال أبو الفتح ابن جنى: لقد مربي دهر وأنا اسمع الاسم لا أدرى معناه، فآخذ معناه من لفظه، ثم اكشفه فإذا هو ذلك بعينه أو قريب منه، فذكرت ذلك لشيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى، فقال: وأنا يقع لي ذلك كثيرا، وقد قال النبي صلى الله عيه وسلم: اسلم: سالمها الله، وغفار غفرالله لها، وعصية: عصت الله ورسوله، ولما اسلم وحشى (قاتل حمزة) وقف بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم، فكره اسمه وفعله وقال: غيب وجهك عنى[٢١].

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يشتد عليه الاسم القبيح ويكرهه جدا حتى ولو كان الاسم لمكان أو قبيلة أو شخص أو جبل، حتى انه مر في مسير له بين جبلين فقال: ما اسمهما؟ فقيل له: فاضح ومخز، فعدل عنهما ولم يمر بينهما[٢٢]، ولذلك نقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يغير الاسم باسم آخر لمصلحة تقتضي ذلك، فقد روى عن ابن عمر أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ غير اسم عاصية وقال: انت جميلة[٢٣]، وقال أبو داود: وغيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم اسم العاص، وعزير وعقلة وشيطان والحكم وغراب وحباب، فسماه هاشما، وسمى حربا حسناء، وسمى المضطجع المنبعث[٢٤]، وسمى أرضا يقال لها: عفرة: خضرة، وشعب الضلالة سماه: شعب الهدى، وسمى بنى مغوية: بنى رشده، وسمى العاص مطيعا، وسمى غرابا: مسلما، وسمى الصرم: سعيدا، والآثار في هذا المعنى كثيرة[٢٥].

ومن المؤكد أن حرص النبي صلى الله عليه وسلم على تغيير الاسم الكرية فيه ما يشعر بمدى حق الانسان على اسمه حتى لايكون هذا الاسم مبعثا على النيل من سمعته، والتهكم عليه.

***الاعتبار الثاني:*** ان حق الانسان على اسمه فيه معنى العمومية أى جانب المصلحة

---

(٢١) ابن القيم ـ المرجع نفسه ـ ص ٨٦.
(٢٢) ابن القيم ـ المرجع نفسه ـ ص ٧٠.
(٢٣) رواه ابو داود في كتاب الادب ـ باب تغيير الاسم القبيح ٤٩٥٢.
(٢٤) راجع: مسند الامام احمد ـ جـ ١ ـ ص ٩٨، ١١٨، وسنن البيهقى ـ جـ ٦ ـ ص ١٦٦.
(٢٥) ابن القيم ـ المرجع نفسه ـ ص ٧١، وما بعدها.

العامة، بمعنى أن مصلحة المجتمع لاتنتظم الا من خلال تحديد كل فرد من افراده باسم يتميز به عن غيره، حتى يتسنى ضبط أصول المعاملات، وتحديد مجال المسئولية عن كل مايصدر عن الانسان من تصرف، ولولا تحديد كل انسان باسمه لضاعت معالم المسئولية ولعمت الفوضى، ولاستطاع من يفكر في ارتكاب جريمة أن يقدم على ارتكابها وهو مطمئن إلى أنه سيفلت من المسئولية والعقاب، من خلال شيوعه بين الناس وهذه مصلحة تتعلق بمصالح الجماعة، فكان لهذا الحق معنى العمومية لذلك.

**٢٨٧ ـ مظاهر العمومية في حق الانسان على اسمه:**

ومن مظاهر العمومية في هذا الحق، أن اسم الانسان اذا تصادم مع المشاعر الدينية، أو كان ينطوي على مساس بالعقيدة فانه يحرم، وفي هذا الصدد، نقل ابن القيم اتفاق العلماء على تحريم كل اسم معبد لغير الله عزوجل، كعبد العزى وعبد هبل وعبد عمرو وعبدالكعبة وما اشبه ذلك[٢٦]، فلا تحل التسمية بعبد على ولا عبد الحسين ولا عبد الكعبة، وقد روى ابن أبي شيبة حديث يزيد بن المقدام ابن شريح عن ابيه عن جده هاني بن شريح قال: وفد على النبي عليه الصلاع والسلام قوم فسمعهم يسمعون عبدالحجر، فقال له: ما اسمك؟، فقال: عبدالحجر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: انما أنت عبدالله [٢٧]، وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ان اخنع الاسماء عند الله رجل تسمى شاهان شاه، ملك الاملاك، لا ملك الا الله تعالى، ومن ثم تحرم التسمية بذلك[٢٨]، كما يحرم على الانسان أن يتسمى باسم من أسماء الله تعالى على الاطلاق بحيث يطلق عليه كما يطلق على الرب تعالى[٢٩].

ومن المؤكد ان تحريم التسمية بما يثير مشاعر الناس نحو عقيدتهم الدينية يعد مظهرا من مظاهر عمومية حق الانسان على اسمه، بالاضافة إلى جانب الخصوصية فيه كما سبق، والآثار وان كانت قد جاءت في تحريم الاسم الذي ينطوي على مساس بالعقيدة الدينية، الا أنه يلحق بها في التحريم كل ما يتعلق بالمصلحة العامة والآداب

(٢٦) المرجع نفسه ـ ص ٦٦.
(٢٧) ابن القيم ـ المرجع والمكان السابقان.
(٢٨) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٤ ـ ص ٢٠٤، صحيح البخاري ـ جـ ١ ـ ص ٢٨٦ وابو داود في كتاب الادب الحديث ٤٩٦١.
(٢٩) ابن القيم ـ المرجع نفسه ـ ص ٧٤.

الاسلامية، ومن خلال هذا النظر يستبين لنا أن طبيعة حق الانسان على اسمه يتنازعها جانبان هما جانب الخصوصية، وجانب العمومية، وان اتجاه القانون في هذه المسألة قريب من اتجاه الفقه الاسلامي إلى حد كبير.

**٢٨٨ ـ التعدي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته:**

واذا كانت المصلحة العامة والخاصة تقتضي أن يكون للانسان اسم يتميز به وتتحدد معالم شخصيته من خلاله، فمن المتصور ان يقع اعتداء على مضمون هذا الحق، فينال من المصالح التي ينطوى عليها وهي في طبيعتها مصالح يغلب عليه الطابع الادبي الذي لاينظر إلى المال فيه ابتداء، ويمكن أن يتخذ الاعتداء احدى صورتين، الاولى: انتحال الاسم بغير حق والثانية: ان يقوم المعتدى باتيان أعمال تقترن بالاسم وتنال من سمعه صاحبه وشرفه واعتباره، ونلقى الضوء على جوانب هاتين الصورتين من التعدى على حق الانسان في تمييز ذاته.

**٢٨٩ ـ أولا: انتحال الاسم بغير حق:**

وانتحال الاسم معناه: ان يستحل المعتدى اسم غيره فيطلقه على نفسه، فهو من النحلة بمعنى: ادعاء التسمية(٣٠)، وادعاء التسمية في حد ذاته جريمة، حتى ولو لم يترتب على ادعاء التسمية ضرر للمعتدى عليه في تمييز ذاته، لان هذا الادعاء سيكون محكوما بغايته، وغايته تتضمن شرورا كثيرة، واضرارا جسيمة، وهذه الشرور وتلك الاضرار، لن يستطيع المعتدى أن يصل اليها الا من خلال انتحاله لاسم غيره، ناهيك عما يتضمنه الانتحال لاسم الغير في حد ذاته من كذب وغش وخداع ونصب واحتيال، ان كل تلك الجرائم المركبة لاتعدو ان تكون ظروفا ملابسة لجريمة انتحال اسم الغير، تبرز خطورتها، وتكشف عن طبيعتها.

إن المنتحل لاسم غيره لايقدم على هذا الفعل الا وهو يقصد استعماله في الوصول إلى ما ليس له حق فيه، انه يريد أن يتخذ من اسم غيره مطية لاستحلال الحقوق المادية والادبية التي تقترن بهذا الاسم وترتبط به، فمن يدعى نسبا إلى غير أبيه، فينتحل اسم غيره ممن يتمتعون بثقة الناس، أو يحظون بمكانة اسرية أو اجتماعية مرموقة، انما يرمى إلى الاستفادة بما يعطيه ذلك النسب بغير حق، ولهذا كان بفعله مستحلا لما حرم الله

(٣٠) مختار الصحاح ـ ص ٦٤٩.

عليه، ولهذا ايضا كان الوعيد في سنة النبي صلى الله عليه وسلم على التلاعب بتزوير الانساب ايجابا أو سلبا على نحو ما رأينا.

**٢٩٠ ـ ثانيا: تشويه سمعة الاسم الادبيـــة:**

ومن صور التعـدى على الاسم: تشـويه سمعتـه الادبية وقد سمى القرآن ذلك العمل: بالتنابز بالألقاب، في قوله تعالى: ولا تنابزوا بالألقاب(٣١)، حيث جاء النهي عن هذا الفعل في اطار النهى عن سخرية الناس بعضهم من بعض رجالا ونساء، والنهى عن اللمز، والسخرية المنهى عنها معناها: الاستهزاء والتهكم والضحك على المسخور به، وقد نهى قول الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم(٣٢)، المؤمنين عن ان يستهزىء بعضم ببعض (٣٣)، بما ينال من سمعة المسخور منه ومكانته الأدبية لدى قومه، فان السخرية تنطوى على تحريك مشاعر الناس للضحك عليه والازدراء منه، والسخرية تمس الانسان في شخصه، أو تذكر اسبابها مقرونة باسمه، فكان في السخرية تعد على حق الانسان في تمييز ذاته، واللمز معناه: العيب(٣٤)، والعيب الذي يتم بالعين واليد واللسان والاشارة، وفي الكتابة معنى العيب الذي يتم باللسان وأكثر، لان العيب باللسان قد ينتهى أثره بمجرد التلفظ به، أما الكتابة فهي اطول بقاء، واكثر مكثا، ولهذا يكون أثرها في نسبة العيب، إلى المعتدى عليه في اللمز أقوى وأكبر، ومن معاني اللمز الطعن في الذمة واللعن(٣٥)، وهما اس التعدى على الانسان في اسمه وسمعته.

٢٩١ ـ وأما التنابز بالألقاب، فمعناه أن يلقب الناس بعضهم بعضا بلقب سوء، مثل كلب أو حمار أو خنزير، أو يهودى، ولا يشترط لقيام المسئولية على المتعدى في التنابز بالألقاب، أن يكون صادقا فيما قاله، فلو قال لمسلم: يايهودى، او يازاني، أو يالص، وكان المسلم قد سبق منه الجرم المعير به، فان ذلك لا يعفى الطاعن من إثم المسئولية عن اعتدائه على لقب أخيه وتنابزه به، بل ان التنابز باللقب يتحقق معناه بمجرد ذكر

(٣١) سورة الحجرات آية ١١.
(٣٢) نفس الآيـة الكريمـة.
(٣٣) الشوكاني ـ فتح القدير ـ جـ ٥ ـ ص ٦٤.
(٣٤) مختار الصحاح ـ ص ٦٠٤.
(٣٥) الشوكاني ـ المرجع والمكان السابقان.

الانسان بلقب يكرهه، يقول الشوكاني: أخرج أحمد والبخاري في الأدب وابن جرير وابن المنذر وابن حبان والشيرازى في الالقاب، وابن مرد ويه والبيهقي في الشعب عن أبي جبيرة عن الضحاك قال: فينا نزلت في بنى سلمة: ولا تنابزوا بالألقاب، فقد قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس فينا رجل الا وله اسمان أو ثلاثة، فكان اذا دعا واحدا منهم باسم من تلك الاسماء، قالوا: يارسول الله إنه يكرهه، فنزلت الآية الكريمة، واخرج ابن مردويه عن ابن عباس نحوه، واخرج ابن جرير عن ابن عباس، قال: التنابز بالألقاب أن يكون الرجل قد عمل السيئات ثم تاب منها وراجع الحق، فنهى الله ان يعير بما سلف من عمله[٣٦]، ومن ثم فان التعدى على اسم الانسان لايقتصر على مجرد نسبة أمور كاذبة تنال من سمعته، بل ان التعدى على حق الانسان على اسمه يأتى من خلال نسبة مايشين اليه، حتى ولو كان قد سبق صدوره منه فعلا، مالم يرض صاحب الاسم بذلك، أو يشتهر اطلاق اللقب السيىء عليه حتى أصبح لايعرف الا به، في تلك الحالة يكون التعدى مباحا على خلاف الاصل.

---

٣٦) الشوكاني ـ المرجع ـ السابق ـ ص ٦٦، وقد روى البخارى وأبو داود وأحمد عن أبي هريرة قال: أتى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ برجل قد شرب فقال: اضربوه. فقمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم: اخزاك الله، قال: لاتقولوا هكذا لاتعينوا عليه الشيطان، حيث دل هذا الحديث على عدم جواز تعيير من اقترف ذنبا به وقد امر النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ السارق بالتوبة فلما تاب قال: تاب الله عليك، وإذا كان الله قد تاب عليه فلا محل لتذكيره بالسيئات الماضية من عمره، حتى لاينال ذلك منه، ويكون فيه تشجيعا له للعودة لارتكاب الجريمة، راجع: نيل الاوطار للشوكاني ـ جـ ٧ ـ ص ١٦٠.

## ( المبحث الثاني )
## الضرر الأدبي الواقع على الحق في الخصوصية

### ( المطلب الأول )
### الضرر الأدبي الواقع على الحق في الخصوصية في فقـــه القانـــون

٢٩٣ ـ والحق في الخصوصية يعنى حق الانسان في احترام حياته الخاصة، فالخصوصية من الخصوص الذي هو ضد العموم، يقال: خصة بالشيء يخصه خصا وخصوصا وخصوصية، كما يقال: اختص فلان بالأمر، وتخصص له إذا تفرد، وخاصة الشيء ما يختص به دون غيره، أي ينفرد به[1].

.. ولم يرد للخصوصية تعريف في الدستور أو التشريع، بل ان القانون المصرى يحمى حرمة الحياة الخاصة، ولا يستعمل كلمة الخصوصية، والشخص في حياته الخاصة يكون في حالة الخصوصية، والخصوصية ليست مرادفة للسر الذي هو محل الكتمان والخفية[2]، وان كان معناه قريبا من معناها، فالسر يفترض تمام الكتمان، أما الخصوصية فقد توجد بالرغم من عدم وجود الكتمان التام، ومعرفة السر تفترض قدرا من الكتمان أكثرا مما تفرضه الخصوصية[3].

.. وإذا كان من المتفق عليه ان نطاق الحياة الخاصة يتمتع بالحماية القانونية، حيث يجب أن يظل بعيدا عن تدخل الغير وعن العلانية، الا أن تعريف الحق في الخصوصية أو في حرمة الحياة الخاصة مازال من أدق الأمور التي مازالت تثير النقاش والخلاف في القانون المقارن.

**٢٩٣ ـ مرونة فكرة الحياة الخاصة:**

والصعوبة التي تواجه تعريف الحق في الخصوصية مرجعها في الحقيقة يتمثل في أن فكرة الحياة الخاصة نفسها فكرة مرنة تختلف وتتطور من مجتمع إلى آخر وتختلف بحسب

(١) راجع: مختار الصحاح ـ ص ١٧٧، المجمع الوسيط ـ جـ ١ ـ خصص ـ طبعة ١٩٦٠م.
(٢) المجمع الوسيط ـ السابق ـ ص ٤٢٨، كلمة سرر، ومختار الصحاح ـ ص ٢٩٤.
(٣) د. حسام الدين كامل الاهواني ـ الحق في احترام الحياة الخاصة ـ ص ٤٦ ـ دار النهضة العربية ١٩٧٨م.

الاخلاقيات السائدة في الجماعة، بل وبحسب الظروف الخاصة بكل شخص من حيث كونه ممن يحبون كتم خصوصياتهم، أو من هؤلاء الذين يجعلونها كتابا مفتوحا وبحسب ما إذا كان الشخص عاديا أم مشهورا، كما ترجع إلى مدى تقدير كل مجتمع للقيم التي تتعارض بمناسبة حماية الحياة الخاصة، فهذه الحماية تجد في مواجهتها الحق في الاعلام الـذي يرتبط إلى حد كبير بحرية الصحافة، وحماية الخصوصية تعتبر قيدا على حرية الصحافة، فتضيق وتتسع نظرة كل مجتمع لنطاق الحياة الخاصة بحسب نظرته إلى مدى الحرية التي يجب أن تتمتع بها الصحافة[٤].

ويذهب الفقه المقارن إلى أنه يصعب اعطاء الخصوصية تعريفا يصلح للتطبيق في المجال القانونى، حيث تعتبر الخصوصية ذات نطاق قانوني واسع، يصعب وضع حدود ومعالم مسبقه له، وقد أوضح تقرير لجنة الخبراء المنبثقة عن المجلس الاوروبي في مجال حقـوق الانسـان: أنـه بالـرجـوع إلى الكتـابـات والدراسات المختلفة عن الحق في الخصـوصية، تبـين أنه لايوجد تعريف عام متفق عليه لهذا الحق سواء على مستوى التشريع أو القضاء او العمل أو الفقه وسواء على المجال الدولي او المجال المحلى[٥].

والقضاء من جانبه يتمنع غالبا عن اعطاء تعريف لفكرة حدودها غامضة ومن ثم فإنـه يكتفي بأن يبحث كل حالة على حده حتى يوفر الحماية الكاملة دون أن يتقيد بقـواعد مسبقة، حيث يصعب القول مسبقا: أين تنتهى الحياة الخاصة، واين تبدأ الحياة العـامـة ؟، لكن هذا لايمنـع من محاولـة تلمس بعض الاسس التي يمكن الاسترشاد بها في تحديد مفهوم حق الخصوصية.

### ٢٩٤ ـ المحاولات الفقهية لتعريف حق الخصوصية:

والتعـريفـات المختلفة التي وردت في الفقه والقضاء المقارن، تقوم اما على وضع تعريف شامل للفكرة نفسها دون تعداد للعناصر التي تكون الحق في الخصوصية، واما عن طريق مضمونها بتعداد الامور والوقائع التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة، وذلك حتى يكـون المجـال مفتـوحـا لادخـال تعديلات في التحديد حسب الظروف سواء بالاضافة أو بالحذف أو عن طريق الجمع بين الفكرتين، ومن هذه المحاولات:

---

(٤) د. حسام الدين الاهواني ـ السابق ـ ص ٤٧، ود. اسامة عبدالله فايد ـ الحماية الجنائية ـ للحياة الخاصة وبنوك المعلومات ـ دراسة مقارنة ـ ص ٩ ـ الطبقة الثالثة ١٩٨٩ ـ دار النهضة العربية

(٥) اشار اليه د. حسام الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٨.

**٢٩٥ ـ تعريف معهد القانون الامريكى:**

وينظر الفقه إلى التعريف الذي وضعه معهد القانون الامريكى للحق في الخصوصية، نظرة تعكس أهميته، ومدى مايتمتع به من قيمة في الولايات المتحدة الامريكية، وهذا التعريف يبرز ماهية الحق من خلال المساس به، فكل شخص ينتهك وبصورة جدية حق غيره في الا تتصل اموره وأحواله إلى علم الغير والا تكون صورته عرضه لانظار الجمهور يعتبر مسئولا أمام المعتدى عليه[٦]، ويلاحظ أن هذا التعريف يبرز مجموعة من الامور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة، وعلى وجه الخصوص، الحق في الصورة، الذي اثار خلافا في الفقه حول مدى امكان اعتبار الحق في الصورة أحد الامور التي تكون معالم الحق في الخصوصية.

وقد انتقد هذا التعريف بأنه يقوم على أساس التفرقة بين ما يجب اعلانه للناس وبين ما يجب أن يظل خفيا عنهم، والتفرقة بين هذين الامرين مازالت من الامور الدقيقة التي يصعب وجود معيار حاسم وواضح لها[٧].

**٢٩٦ ـ التعريف الذي ذهب اليه جانب من الفقه الامريكي:**

وقد ذهب جانب من الفقه الامريكي إلى تعريف الحق في الخصوصية: بأنه حق الشخص في أن يلزم الغير بأن يتركوه وشأنه، فلا يعكر عليه أحد صفو خلوته[٨]، ويعرف هذا التعريف، بتعريف الحق في الخلوة To Be Let Alone حتى ذهب البعض في تحليله إلى وصفه بأنه حق الشخص في الا يكون اجتماعيا، فالشخص له الحق في الوحدة وفي أن يظل مجهولا غير معروف للناس بعيدا عن فضولهم ونظراتهم، فهو تعبير عن رغبة الشخص في ان يعيش بعيدا عن قيود الحياة الاجتماعية[٩].

وقد أخذ مؤتمر البلاد الاسكندافية المنعقدة في ١٥ مايو سنة ١٩٦٧ بهذا التعريف حيث عرفه بأنه: حق الانسان في أن نتركه يعيش وحده، الحياة التي يرتضيها مع أدنى

---

(٦) **يوجد هذا التعريف في الفقرة ٨٦٧ من مجموعة** Restatement on law of Torts (1939) **وقد اشار اليه بريتان في مجلة تيولان القانونية سنة ١٩٦٣. راجع** Britain: The Right of privary in England and the United States, Tulane Law Rev. 1963, P. 235.

(٧) **راجع: ماذكره دكتور حسام الدين الاهواني حول تعريف معهد الادارة الامريكي والتعليق عليه، المرجع السابق ـ ص ٤٩.**

(٨) Nizer (L): The Right of Privacy: A Half Century's Developments, Minchigan law, Rev. 1941, Vol. 39. P. 256.

(٩) **المرجع نفسه ـ ص ٢٥٨. د. أسامة فايد ـ المرجع نفسه ـ ص ١٥.**

حد من التدخل من جانب الغير[١٠]، كما بدأ جانب من الفقه الفرنسي يميل اليه مقررا ان لكل انسان جزءا من الحياة يجب أن يكون له شخصيا ومقصورا عليه وحده بحيث لايجوز لاحد أن يدخل اليه بدون اذن، والخلوة المقصودة قد تكون بأن يبتعد الفرد عن المجتمع ويعيش وحده لفترة من الوقت أو يختلي بمن يألفهم.

والحقيقة أن التركيز على فكرة الخلوة بما تعطيه من هدوء يقدم ميزة هامة في تحديد المقصود بالخصوصية، ذلك ان حماية الحياة الخاصة لاتعنى فقط عدم الكشف عن اسرار هذه الحياة ودقائقها، وانما تعنى أيضا ضرورة عدم التدخل في الحياة الخاصة بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس بهدوء وسكينة الحياة الخاصة للشخص، فيجب احترام سريةالحياة الخاصة بعدم الكشف عنها، ومن جهة أخرى يجب احترام هدوء الحياة الخاصة دون تعكير صفوها فلايجوز الخوض فيها أو اثارتها[١١].

**٢٩٧ ـ تعريف الخصوصية باخراجها من الحياة العامة:**

وقد ساد في الفقه الفرنسي اتجاه يرمي إلى ايجاد تعريف للحق في الخصوصية من خلال عقد موازنة بينها وبين ما يمكن أن يدخل في نطاق الحياة العامة للشخص، واخراج كل ما لايمكن اعتباره من قبيل الحياة العامة ليكون مكونا للحق في الخصوصية ولذلك يعرف هذا التعريف بالتعريف السلبي للحياة الخاصة[١٢].

وبناء على ذلك فقد عرفها الفقيه الفرنسي: بادنتر في بحث له حول الحق في احترام الحياة الخاصة بانهاء كل ما لايمكن اعتباره من قبيل الحياة العامة للشخص[١٣].

ويقوم هذا التعريف على أساس أن نطاق ما يدخل في الحياة العامة أكثر تحديدا واضيق نطاقا بحيث يكون من السهل تعريفها بالاخراج كما يقولون: وبضدها تتميز الاشياء كما ان الموازنة بين الحياة العامة والخاصة من شأنه أن يعطى انطباعا لدى الكافة بأن الاصل هو حظر ماينبغي أن يعرف عن الحياة الخاصة، ومن ثم لايجوز ان يكون هذا الجزء من حياة الانسان محلا لحب استطلاع الناس وفضولهم..، ولكن الذي يثيره

(١٠) اشار اليه د. حسام الدين الاهواني: المرجع السابق ـ ص ٥٠، هامش (١٤).

(١١) د. فتحى سرور ـ الحق في الحياة الخاصة ـ مجلة القانون والاقتصاد العدد ٥٤ ـ ص ٤٢، د. اسامة فايد ـ السابق ـ ص ٢٨.

(١٢) د. حسام الدين الاهواني ـ السابق ـ ص ٥٣.

(١٣) Badinter: Le Droit au Respect de la vie Privec JCP. 1968. Doct 2136. No. 12.

هذا التعريف، استجلاء معيار التفرقة بين الحياة الخاصة والعامة، وقد قال البعض من انصار هذا التعريف: إن الحد الفاصل بين الحياة الخاصة والحياة العامة يكمن في شعور الانسان بالحياء تجاه ألفة حياته، وحيث يبدأ هذا الشعور في الظهور يبدأ نطاق الحياة الخاصة وتنتهى الحياة العامة(١٤)، ولما كان هذا المعيار فضفافا ويحتاج إلى ايضاح، فقد لجأ انصار هذا الاتجاه إلى ايضاح العناصر التي تدخل في الحياة العامة، وهي الحياة الاجتماعية للشخص، والتي بمناسبتها يدخل الانسان عادة في علاقات مع غيره من الناس، مثل الحياة الحرفية، والاجتماعية، الحياة التي يحياها الانسان خارج باب منزله وتكون الحياة الخاصة هي التي يحياها الانسان خلف الأبواب(١٥).

وفي نظرنا ان هذا المعيار مع ما قدم انصاره من ايضاح لحقيقته يظل غامضا، فالحياة الاجتماعية التي اعتبرت من نطاق الحياة العامة، لايمكن التسليم بوصفها كذلك لان معظمها يدخل في نطاق الحياة الخاصة، كما ان الحياة الحرفية أو الوظيفية لاتعتبر من عناصر الحياة العامة بصفة مطلقة، بل انها عند بعض الفقهاء وبحسب الاصل تعتبر من عناصر الحياة الخاصة للشخص العادى(١٦)، ولذلك لم يجد الفقه بدا من امرين.

٢٩٨ ـ *أولها:* اتخاذ التفرقة بين الحياة العامة والخاصة كوسيلة لتحديد معالم هذا الحق، وحتى يمكن تلافي الغموض الذي مافتىء ملازما لمعيار التفرقة بين العمومية والخصوصية فان تقدير امر التفرقة بين الحالتين يجب أن يترك للقضاء، ذلك ان تحديد نطاق كل من الحياة العامة والحياة الخاصة لايتم وفقا لمعيار واحد بالنسبة لكافة الأفراد، اذ هو مختلف بالنسبة للفرد العادي، عنه بالنسبة للفرد الذي يشغل منصبا عاما سياسيا أو يقوم بعمل أدبي أو فني يجعله على قدر من الشهرة(١٧).

وتقوم هذه التفرقة كوسيلة لتحديد معالم هذا الحق مع وسيلة أخرى وهى مدى حرية

(١٤) مارتن لوسيان، سر الحياة الخاصة. مقالة بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٩ ص. ٢٣٠، وما بعدها، مشار اليها في د. حسام الدين الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٤ ود. حمدى عبدالرحمن ـ فكرة الحق ـ ص ٦٦، دارالفكر العربي ١٩٨٩م.

(١٥) مارتن لوسيان ـ المرجع نفسه ـ ص ٢٣٠، د. حمدى عبدالرحمن السابق ـ ص ٥٦٨.

(١٦) في هذا المعنى: د. حسام الدين الاهوانى ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٥.

(١٧) د. حمدى عبدالرحمن ـ فكرة الحق ـ ص ٦٨، وكما يقول الفقيه وستن إن الحياة الخاصة هي قلب الحرية في الدول المتقدمة، فهى ضرورية للفرد لحصانة مسكنه ومراسلاته واتصالاته وشرفه، مشار اليه في د. اسامة فايد ـ السابق ـ ص ١٦.

النشر، فان الاعتداء على مقومات الحياة الخصوصية عادة ما يحصل عن طريق النشر بوسائل الاعلام المختلفة وهنا تتحدد معالم حماية الحق من خلال التوازن بين حريتين متعارضتين فحرية الفكر والنشر تعطى للصحفي أو للاديب الحق في استخدام المعلومات التي يحصل عليها من واقع الحياة كأداة للوصول إلى انتاج عمل أدبي أو فكرى ناجح، ثم يأتى الحق في الخصوصية ليكون بمثابة القلعة التي يحتمى بها الفرد ضد تعكير صفو حياته الخاصة، فذكريات الحياة الخاصة لكل فرد هى جزء من كيانه المعنوى، فلايجوز لاحد أن ينشر عنها شيئا بغير اذنه الصريح والواضح[١٨].

ومن هنا كان وجوب فض التعارض بين الحريتين المذكورتين وفقا لميزان عادل ودقيق للتوفيق بينهما، فالحظر المطلق للتعرض للحياة الخاصة يقضى على حرية النشر، ويفتح الباب أمام فيض من الدعاوى القضائية لاينقطع وفي نفس الوقت فان خصوصيات الفرد تعبر في حدود معينة عن جوهر انسانيته، وحيث تنتهك الخصوصية على نحو خطير ينتهك الانسان ذاته[١٩].

**٢٩٩ ــ *ثانيهما*: تعداد الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة.**

ومن المؤكد ان تعداد الامور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة مما يفيد كثيرا في الوصول إلى تحديد لمفهوم الحق في الخصوصية، حيث افصحت احكام القضاء في كل من أمريكا وفرنسا عن عدد من الحالات التي يعطى استقراؤها تصورا لطبيعة هذا الحق ومضمونه إلى حد كبير.

**٣٠٠ ــ أ ـ المساس بالخصوصية في القانون الامريكي:**

يقرر الفقيه (بروسر) أن الحق في الخصوصية يستهدف حماية الشخص في ان يخلو[٢٠] لنفسه ووفقا لما يقرره بروسر فان المساس بالخصوصية يتحقق بأمور أربعة:

---

(١٨) المرجع نفسه ـ ص ٦٧، وراجع حكم محكمة، بروكسل في ١٤ يوليو سنة ١٩٣٤ Sirey: 1935 -4-12.

(١٩) راجع: د. عبدالرحمن ـ المكان السابق، وحكم محكمة باريس في ٦ مارس سنة ١٩٥٥ المشار اليه فيه ـ هامش (٣).

(٢٠) Prosser (W): PRIVACY, California law Review, Vol. 48: August 1960. P. 380-423. Handbook of the law of Torts P. 807 - 4ed. 1971. وراجع: د. اسامة فايد ـ المرجع نفسه ـ ص ١٦.

١ ــ حالة التجسس على الحياة الخاصة بالتصوير داخل نطاقها أو التسجيل أو الدخول إلى الاماكن الخاصة والتصنت على الابواب أو التسمع عن طريق الاجهزة. ويشترط ان يكون الشخص في مكان يعطيه الحق ليخلو لنفسه.

٢ ــ نشر وقائع تعتبر من قبيل الوقائع الخاصة، ومن ذلك نشر صورة طفل مشوه، او الكشف للناس ان المدين لم يوف بدينه.

٣ ــ نشر وقائع تشوه الحقيقة في نظر الناس، مثل استعمال اسم الشخص دون اذنه في عريضة مقدمة للسلطات العامة، واستعمال صورة شخص على غلاف كتاب أو في صدد مقال، دون ان تكون هناك صلة بين الصورة والكتابة، وخاصة إذا كان استعمالها لتمثيل شخص جائع أو مجرم خطير أو طفل مهمل.

٤ ــ حق الشخص في الايستعمل الغير بعض عناصر شخصيته بغرض الحصول على الربح وهذه العناصر تشمل الاسم والصورة والصوت والمسلك، فلايجوز استعمال أى من هذه العناصر للدعاية التجارية، حتى ولو كانت الوقائع صحيحة، ويجب أن يكون الاستعمال بقصد الحصول على ربح، وان لايكون الاستعمال عرضيا[٢١].

٣٠١ ــ ب ـ مكونات الحق في الخصوصية في القانون الفرنسي:

وقد أوضح جانب من الفقه الفرنسي أن الامور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة هي الامور التي تتعلق بالحياة العائلية كالبنوة والزواج والطلاق، والحياة العاطفية والصورة[٢٢] والذمة المالية، وما يدفعه الشخص من ضرائب وكيفية قضاء أوقات الفراغ، وهذا التعداد لايعدو أن يكون ترديدا لما قام القضاء بتطبيقه على الحالات محل

---

(٢١) المرجع والمكان السابقان، وقارن:

Beaney: The Right to Privacy and American law, law and contemporary problems 1960, Vol. 31, P. 254.

وراجع: د. حمدى عبدالرحمن ـ السابق ـ ص ٧١.

(٢٢) حق الانسان على صورته في عدم نشرها الا باذنه إذا كانت قد أخذت في مكان خاص وكذلك تصوير الاشياء التي يملكها بدون وجه حق وفي ظروف من شأنها ان تسبب له ضررا، والرأى الراجح انها من ضمن حق الانسان في الخصوصية. راجع: د. حسام الدين الاهواني ـ السابق ـ ص ٧٦ ـ وما بعدها، د. حمدى عبدالرحمن ـ السابق ـ ص ٧١ وما بعدها.

الـدراسـة، ولكن بعض الفقه يضيف إلى ذلك الحق في الاسم، وفي الصورة، وفي الشرف والاعتبار وفي النسيان وفي سيرة حياته وفي الألفة، وجوانب الحياة الحرفية غير العلنية وحياته الداخلية والروحية، أى الحياة التي يعيشها الشخص حين يغلق عليه باب منزله[٢٣] ويدخل في نطاقة أيضا: الحق في الدخول في طي النسيان، والمتمثل في حق الانسان في أن تدخل وقائع حياته السابقة والمشينة في طي النسيان فلا تذكر عليه، وان كان الحق في النسيان يحمى الحياة العامة والخاصة على حد سواء متى دخلت في طي النسيان وايا كانت شهرة الشخص فيجب ألا يكون اسوأ حالا من المجرم الذي كفـر عن جريمتـه فمحيت من صحيفـة سوابقـة، وهـذا ما استقـر عليه القضـاء الفرنسي[٢٤]، حيث اعتبر ان الشكف عن الوقائع التي ادخلها الزمن في طبى النسيان يعتبر من قبيل الكشف عن الخصوصية[٢٥].

### ٣٠٢ ـ تعريف الحق في الخصوصية:

ويمكن من خلال استقراء تلك الحالات، وبيان الاسباب التي يتحدد من خلالها مضمون الحق في الخصوصية، ان يعرف بأنه: حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخـاصـة، ومنهـا بالـذات المحافظة على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها[٢٦].

### ٣٠٣ ـ أهمية الحق في الخصوصية:

من المؤكد إن ايقاع الحياة اليوم وطابع العصر، قد اضفيا على الحق في الخصوصية أهمية خاصة من جراء المخاطر التي يمكن أن تعتريه، والمتمثلة في التقدم العلمي الهائل في أجهـزة التصوير والتسمع والتسجيل، لقد تقدم العلم تقدما جعل تلك الاجهزة تؤدى عملها في هتك ستار الحياة الخاصة، دون مانع من حائط أو ستار بل ان بعض

(٢٣) راجع في تفصيل تلك التطبيقات ومصادرها من القضاء الفرنسي: د. حسام الدين الاهواني ـ الحق في الخصوصية ـ ص ٥٩، وما بعدها، والاحكام القضائية المشار اليها فيه، د. اسامة فايد ـ السابق ـ ص ١١ وما بعدها.

(٢٤) محكمة باريس في ١٥/ ٥/ ١٩٧٠، دالوز ١٩٧٠ ـ ٤٤٦ (قضية جان فيرا).

(٢٥) محكمة باريس الابتدائية في ١٧ أبريل سنة ١٩٧٥ الدائرة الثالثة ـ جازيت دى باليه ١٩٧٥ ـ ٦٧٨.

(٢٦) د. حمدى عبدالرحمن ـ السابق ـ ص ٦٦.

اجهـزة التصـوير يمكن أن تؤدى عملها في جنح الظلام، ومن مسافات بعيدة، كما ظهـرت أجهـزة التجسس والتصنت على التليفونات ومعرفة ما يدور خلف الابواب المغلقة، بما يجعل حياة الانسان الخاصة في محط الرقابة، وقد أدى اكتشاف الالكترون سنة ١٩٤٨م إلى كثرة انتاج أدوات التصنت والتجسس ورخص تكاليف انتاجها، مما يجعـل الحصـول عليها امرا ممكنا لدى الكثرة من الناس، وكذلك ايضا فان وسائل الاعلام قد تطورت هى الاخرى تطورا جعلها في حاجة ماسة إلى أنباء تبثتها، حتى ان بعض الصحف في سبيل الحصول على ربح مادى كبيرة تسعى لسعة انتشارها من خلال اخبار الاثارة وظهر ما يسمى بصناعة الفضائح باعتبارها من اروج الصناعات الحالية والتي تأتي أول ما تأتي على حق الخصوصية.

اضف على ذلـك ظهـور العقول الالكترونية التي تتفنن في الكشف عن الاسرار الحقيقية للحياة الخـاصـة، والـظروف السكـانية التي أدت إلى ظهور المباني المرتفعة والمتلاصقة، حيث سهل كل ذلك اختلاس النظر والتجسس على الغير، هذا بالاضافة إلى الصراعات السياسية والمنافسة الاقتصادية. كل ذلك جعل الحق في الخصوصية على درجة فائقة الاهمية(٢٧).

### ٣٠٤ ــ موقف التشريع المصرى من الحق في الخصوصية:

يلقى موضوع الحق في الخصوصية أهمية خاصة في التشريع المصرى، حيث انه قد ارتفع به إلى مصاف الحقوق الدستورية ونصت المادة (٤٥) من الدستور على أنه: لحياة المـواطنـين الخاصة حرمة يحميها القانون، وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل للاتصال حرمة، وسريتها مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها الا بأمر قضائي مسبب لمدة محددة ووفقا لاحكام القانون.

كما نصت المادة (٥٧) من الدستور على أن: كل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين جريمة لاتسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضا عاد لا لمن وقع عليه الاعتداء، والدستور في هذا النص يعبر عن ادانته لما تكشف من حالات استبـان من خلالها مدى انتهاك مراكز القوى للحياة الخاصة

(٢٧) د. حسام الدين الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص ٥ وما بعدها.، د. احمد فتحى سرور ـ الحق في الحياة الخاصة ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ العدد الرابع والخمسون ـ ص ٣٥، وما بعدها، د. اسامة فايد ـ السابق ص ٤٠٣.

للمواطنين عن طريق التصنت على حياتهم الخاصة.

وتطبيقا لهذا الاتجاه الدستورى صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، والذي قضى بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين في القوانين القائمة[٢٨]، وقد اضيف بمقتضى هذا القانون مادتان جديد تان إلى قانون العقوبات، وهما المادتان ٣٠٩ مكررا، ٣٠٩ مكررا (أ)، ونصهما كالاتى: مادة ٣٠٩ مكررا: يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الافعال الاتية في غير الاحوال المصرح بها قانونا، أو بغير رضاء المجنى عليه:

أ ـ استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الاجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون.

ب ـ التقط او نقل بجهاز من الاجهزة ايا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص، فإذا صدرت الافعال المشار اليها في الفقرتين السابقتين اثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع، فإن رضاء هؤلاء يكون مفترضا.

ويعاقب بالحبس الموظف العام الذي يرتكب أحد الافعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته، ويحكم في جميع الاحوال بمصادرة الاجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو اعدامها... مادة (٣٠٩) مكرر (أ)، يعاقب بالحبس كل من اذاع أو سهل اذاعة أو استعمل ولو في غير

---

(٢٨) صدر هذا القانون في ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٧٢م، ونشر في العدد ٣٩ من الجريدة الرسمية، وقد حرص القانون المدني على ضرورة كفالة العوائق المادية التي تحجب الجار عن المساس بالحياة الخاصة لجارة وذلك من خلال الاحكام الخاصة بالجوار وفتح المطلات والمناور في المواد من ٨١٩-٨٢١ من التقنين المدني المصرى، والمسافات التي تحددها تلك المواد تستهدف أساسا الحيلولة دون اطلاع الجار على خصوصيات جاره، راجع: الوسيط للسنهورى - جـ ٨ - ص ٧٧٦، د. عبدالمنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الاصلية - ص ١٢٣. وراجع في حماية الحق في الحياة الخاصة في القانون المصرى: د. عبدالمنعم فرح الصدره - الحق في حرمة الحياة الخاصة في مجال الاثبات - وبحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة - كلية الحقوق جامعة الاسكندرية من ٤/٦ يونية ١٩٨٧. والدكتور محمود نجيب حسنى. الحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة تقرير مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة - كلية الحقوق جامعة الاسكندرية - ٤ - ٦ يونيو ١٩٨٧م.

علانية تسجيلا أو مستندا متحصلا عليه بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة، أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن.

ويعاقب بالسجن مدة لاتزيد على خمس سنوات كل من هدد بافشاء أمر من الامور التي تم التحصل عليها باحدى الطرق المشار اليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويعاقب بالسجن الموظف العام، الذي يرتكب احد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته، ويحكم في جميع الاحوال بمصادرة الاجهزة، وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة او تحصل عنها، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة او اعدامها، كما اضيف بمقتضى القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م، المادة (٩٥) إلى قانون الاجراءات الجنائية، لتحدد الاحوال التي يجوز فيها ضبط الخطابات ومراقبة التليفونات حيث جعلت ذلك من اختصاص قاضي التحقيق، متى كان للاجراء فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر وفي جميع الاحوال يجب أن يكون الضبط او الاطلاع او المراقبة او التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لاتزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد اخرى متماثلة.

كما عدلت المادة (٢٥٩) من قانون الاجراءات الجنائية لتقرر مبدأ عدم تقادم الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة وغنى عن البيان ان الاعتداء الناشىء عن جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة يعطى للمضرور الحق في التعويض المدنى[٢٩].

٣٠٥ ـ وقد جاء موقف التشريع المصرى متوائما مع الاتجاه الغالب للفقه المقارن، والذي يحبذ الاعتراف بالحق في الخصوصية، وهو اتجاه القانونين الامريكي والفرنسي، كما أنه يمثل اتجاه المشرع المصرى كما سبق، وقد خالف القانونان الايطالي والانجليزي في الاعتراف بالحق في الخصوصية، حيث يرى القانون الايطالي ان المشكلة في حق الخصوصية ليست قانونية، وانما هى مشكلة رقابة اخلاقية[٣٠]، أما القانون الانجليزي

(٢٩) وقد نصت على مبدأ التعويض المادة (٥٧) من الدستور المصرى.

(٣٠) حكم محكمة النقض الايطالي بتاريخ ٢٢/١٢/١٩٥٦م، ويبدو أن القانون الايطالي قد عدل عن هذا الاتجاه واعترف بالحق في الخصوصية استنادا إلى المادة الثامنة من الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان، راجع حكم محكمة ميلانو الصادر في يوليو سنة ١٩٧٠م، والمشار اليه في د. ــ

فانه مازال يرفض الحق في الخصوصية باعتباره حقا مستقلا، حيث يعتبر التعدى على الحق في الخصوصية من قبيل القذف او التعدى على الغير في ملكه، واحيانا يعتبره من قبيل المضايقات، أو من باب الاخلال بالثقة، ولعل عذر القضاء الانجليزي في عدم الاعتراف بالحق في الخصوصية يكمن في تمسكه الشديد بفكرة السوابق القضائية، التي تجعله يتردد كثيرا في وضع مبادىء جديدة تواجه التقدم العلمي والتطور الاجتماعي المعاصر، فمازال القضاء الانجليزي يتمسك بمبدأ غريب، وهو مبدأ أنه حيث تكون الحالة المعروضة أمام القضاء جديدة فانه لايملك أى سلطة لاعطاء العلاج بصرف النظر عن مدى ظلم هذه القاعدة، بل يجب أن يطبق القواعد السابقة الموجودة، ومن ثم فقد اصبح من المستحيل ان يضيف القضاء خطأ جديدا على الاخطاء التي سبق ان أقرتها المحاكم الملكية منذ قرون ولهذا فقد أصبح قانون المسئولية المدنية في انجلترا قانونا عتيقا عفا عليه الزمن لايتلاءم مع تطورات العصر، وتسوده عدم المنطقية(٣١).

٣٠٦ ـ **صور التعدى على حق الخصوصية:**

ويبدو مما ذكره الفقهاء أن التعدى على حق الانسان في الخصوصية يتخذ صورتين:

الصورة الاولى: وتتمثل في التجسس على الحياة الخاصة.

والصـورة الثـانية: وتتمثل في الكشف عن الخصوصيات ونبين طبيعة التعدى في الصورتين بالقدر الذي تقتضية تلك الدراسة.

٣٠٧ ـ **أولا: التجسس على الحياة الخاصة وصوره:**

والتجسس على الحياة الخاصة يعتبر من أهم صور التعدى عليها، وصور التجسس على الحياة الخاصة أصبحت من الكثرة بحيث يكون من العسير حصرها، لانها مرتبطة بتقدم العلم، وما يقدمه من ابتكارات تستهدف التفنن في التجسس على الغير، لكن أهم صورتين في الحياة العملية من صور التجسس هما استراق السمع والتسجيل، ثم التقاط أو نقل الصورة.

٣٠٨ ـ **أ ـ استراق السمع وتسجيل المحادثات الخاصة:**

ويـدهي أن التجسس عن طريق استراق السمع أو تسجيل المكالمات الخاصة أو

ــ حسام الدين الاهواني ـ السابق ـ ص ١١٢ هامش (١٧).

(٣١) د. حسام الدين الاهواني ـ السابق ـ ص ٢٣.

نقلها يجب ـ حتى يكون مكونا لفعل التعدى على الحق في الخصوصية ـ أن يتم بدون اذن الشخص، وقد اشرنا إلى أن قانون العقوبات قد عدل بما يحرم استراق السمع وتسجيل المكالمات الخاصة، لكنه قد اشترط لتوافر اركان الجريمة أن يتم المساس بالمحادثة عن طريق جهاز من الاجهزة، ويقرر الفقه ان ذلك الشرط ليس ضروريا في مجال التجسس على الحياة الخاصة، اذ يكفي للتعدى عليها مجرد التصنت أو التجسس او التلصص بصرف النظر عن الوسيلة التي تتبع في ذلك[٣٢]، فمن يسترق السمع باذنه من وراء الباب يعتبر معتديا على الحياة الخاصة للغير.

**٣٠٩ ـ ب ـ التقاط أو نقل صورة للشخص:**

وكما يحدث التعدى على الحياة الخاصة بالتجسس وتسجيل المكالمات، فانه يتحقق أيضا عن طريق التقاط صورة للشخص دون اذن حتى ولو لم تنشر الصورة، إذا كان الشخص يوجد في مكان خاص، ومثل التقاط الصورة نقلها، فان نقل الصورة يعنى وضع اجهزة تمكن المتلصص من رؤية ما يدور في مكان آخر مثل وضع الدوائرة التلفزيونية المغلقة، كما يعتبر اعتداء على الحق في الخصوصية مراقبة ما يدور في مكان خاص، عن طريق منظار مكبر أو مرايا، أو النظر من ثقب الباب، كما يعتبر معتديا على الخصوصية من يقوم برسم صورة لما يراه في مكان خاص[٣٣].

وإذا كانت المادة (٣٠٩) مكرر من قانون العقوبات تستلزم أن يكون التصوير أو النقل عن طريق اجهزة، فذلك القيد لايسرى في مجال القانون المدني، فالتجسس عن طريق الرؤية قد يتم دون أى اجهزة مثل النظر بالعين المجردة، أو بأى وسيلة بصفة عامة.

وإذا كانت الموافقة على التصوير هى الاصل، فان هناك فروضا يمكن فيها استخلاص الموافقة الضمنية للفرد العادى على التصوير والنشر، ومن هذا القبيل من يوافق على التصوير أثناء وجوده في مؤتمر علنى، اذ الفرض انه يوافق على نشر الصورة في اطار الاخبار المعلنة كذلك الحال إذا وافق شخص على أن تؤخذ له صورة مجانا لدى

(٣٢) د. حسام الدين الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص ١٠٤.

(٣٣) Chavane (A): La protection de la vie prive'ç dans la loi du 17 Juillet 1970 (Rev. Sc. Crim - et dr. pencomp 1971. P. 612. et. s.)

مصور ناشىء حيث يمكن افتراض موافقته على عرض الصورة للدعاية المصورة(٣٤)، ويتحقق القول السابق على وجه الخصوص بالنسبة للمشاهير من فناني السينما والمسرح، حيث يتعذر على تلك الفئة ان تحتج على التصوير وانتشاره لان ذلك من مظاهر الشهرة التي ينشدونها، ويفترض موافقته الضمنية في اغلب الحالات على التصوير، بشرط ان يكون عن حياة الفنان العامة أو نشاطه المهنى دون تجاوز إلى حياته الداخلية، فان تجاوز إلى حياته الداخلية دون علمه وبغير موافقته فان الامر يعود إلى الحظر مرة ثانية(٣٥).

**٣١٠ ـ ثانيا: الكشف عن خصوصيات الانسان:**

ويتحقق التعدى على حق الانسان في الخصوصية وفقا لتلك الحالة بالنشر عن طريق الطباعة والنشر، والإذاعة، فلايجوز للشخص أن يذيع ما يصل إلى علمه من وقائع أو معلومات تتعلق بالحياة الخاصة للغير الا بعد الحصول على إذنه، ومن المعروف أن حق الانسان في الخصوصية ينافي العلانية والنشر، ومن ثم فان كل سلوك يستهدف ذلك الحق، بالجهر بالقول أو بالصياح في مكان عام بطبيعته أو بالتخصيص بطريق المصادفة، يعتبر تعديا ينال منه، وكذلك الامر بالنسبة لوسائل الاعلام المختلفة كالاذاعة التي تحقق العلانية بالنسبة للكلام، والتلفزيون الذي يحقق العلانية للصوت وللصورة معا، واهم صور العلانية في الوقت الحاضر هي التي تتحقق عن طريق الكتابة سواء بالنشر في الصحافة أو أى وسيلة أخرى كتابية، حيث تتحقق العلانية هنا عن طريق الرؤية، وليس السمع، وعلانية الكتابة لاتتحقق الا بتوزيع المطبوعات أو المكاتيب او الصور إلى الغير أيا كان هذا الغير(٣٦)، كما تتحقق العلانية ايضا بالبيع وهو بذل الكتابة لقاء ثمن، وبا لتعرض للبيع وهو طرحها لمن يرغب في شرائها، وقد اثير التساؤل عما إذا كان الكشف عن الخصوصية يتحقق من مجرد اطلاع الغير عليها حتى ولو لم يتم ذلك علنا، حيث ذهب الفقه في مصر وفرنسا إلى أن الكشف عن الخصوصية يتحقق عن طريق اطلاع الغير عليها، حتى ولو كان شخصا واحدا وطلب منه الكتمان(٣٧).

---

(٣٤) د. حمدى عبدالرحمن ـ السابق ـ ص ٧٤.

(٣٥) المرجع نفسه ـ ص ٧٣، وما بعدها، والاحكام المشار اليها فيه.

(٣٦) راجع في هذا المعنى: شافان ـ السابق ـ ص ٦١٥، وبروسر ـ السابق ـ ص ٣٩٣.

(٣٧) شافان ـ المرجع والمكان السابقان، وراجع: د. حسام الدين الاهواني ـ المرجع نفسه ـ ص=

ولقد استقر الرأى في القانون المصرى والفرنسي على أن الاعتداء يتحقق من مجرد النشر، حتى ولو كان لايهدف إلى الربح او المنفعة بل حتى ولو كان يهدف إلى تحقيق غرض نبيل وشريف لمصلحة أو ذكرى من كشف عن خصوصياته.

## ( المطلب الثاني )

## الضرر الواقع على خصوصيات الانسان في الفقه الاسلامي

٣١١ ـ اهتم التشريع الاسلامي بحق الانسان في خصوصيات بعض جوانب حياته اهتماما لايقل عما اعطاه الفقه الوضعي بعد تقدمه وتطوره لهذ الحق، بل ان الحق في الخصوصية قد حظى بتفصيلات في الفقه الاسلامي تبرز حدوده، وتوضح خصائصه وتلقى الضوء على معظم جوانبه، بما يكاد يكشف عن نظرة تأصيلية له تدل على سمو الشريعة الاسلامية واحتوائها على كل ما يحفظ حقوق الناس في كل زمان ومكان، وقد احسن مجلس الشعب المصرى صنعا حين أقر تلك الحقيقة، وهو بصدد مناقشة القوانين الخاصة بالحريات، حيث ذكر بصفة اساسية أن الاصل الشرعي لحرمة الحياة الخاصة يكمن في قول الله تعالى: ولا تجسسوا، ولا يغتب بعضكم بعضا[1]، وهذا الاقرار وان كان قد اعترف بوجود تنظيم عام لهذا الحق في التشريع الاسلامي الا انه لم يعط تفصيلات توضح نطاق هذا التنظيم وحدوده في مجال التطبيق، بما يجعله حقيقة واقعة، وذلك ما نود ابرازه من خلال تلك الدراسة على نحو يتسنى من خلاله عقد موازنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي، تعكس مدى حضور الفقه الاسلامي على ساحة الحياة المعاصرة، بطريقة تفوق التشريعات الوضعية.

**٣١٢ ـ حقيقة الحق في الخصوصية في الفقه الاسلامي:**

وإذا كان حق الخصوصية في الفقه الوضعي يعرف بأنه: حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخاصة، وخاصة المحافظة على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون

---

= ١٢٥، وقد نصت المادة ٣٠٩، مكرر (أ) من قانون العقوبات المصرى على عقاب كل من أذاع أو سهل اذاعة او استعمل ولو في غير علانية، تسجيلا أو مستندا متحصلا عليه بإحدى الطرق المبينة بالقانون، على نحو يتضمن اعتداء على حق الخصوصية.

(١) سورة الحجرات ـ آية ١٢.

معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها[٢]، فان هذه المعانى قد كفلت احكام التشريع الاسلامي المحافظة عليها بما يبرز أهميتها في حياة المجتمع افرادا وجماعات، وبها يجدد في النفوس الباعث القوى على احترامها.

**٣١٣ ـ محل الحق في الخصوصية ومكانها:**

ومحل الحماية في حق الخصوصية هى المشاعر الانسانية الراقية التي تبعث في النفس نزوعا فطريا يدفع الانسان دفعا لصيانة الجوانب الخاصة من حياته عن التبذل، وينأى به عن أن تكون عوراته حمى مباحا لمن يدفعه الفضول، أو القصد السيىء للاطلاع عليها وهذه مصلحة أكيدة وذات اعتبار في التشريع الاسلامي، لايقلل مَن أهميتها ان يكون امرها أمر مشاعر، فان تلك المشاعر من القوة والتأثير على حياة الانسان بما يجعلها مكونا لمعاني تلك الحياة نفسها، بل ان قوتها لدى البعض قد تصل إلى حد بذل الحياة من أجلها.

**٣١٤ ـ بيت الانسان ستر عورته:**

وأما مكان هذا الحق، فنظرا لانه يتعلق بالجانب الخاص من حياة الانسان أو كما عبر عنه فقهاء القانون الوضعي: بأنه مايدور من حياة الانسان خلف الابواب المغلقة، كان من الطبيعي ان يكون بيت الانسان هو الحصن المنيع الذى يجب ان تقف عنده رغبات الغير في التطلع لما يدور خلفه، لان ما يدور في بيت الانسان يعتبر من أخص أمور حياته التي لايجب أن يطلع عليها أحد من الناس، ولقد بلغ من سمو القرآن الكريم وروعته ان عبر عن هذه المعاني الكامنة وراء باب بيت الانسان أبلغ تعبير حين وصفها بأنها عورة، قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم، والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبيل صلاة الفجر، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة، ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم﴾[٣]، بل ان وصف البيوت بالعورة، هو العذر الذي أراد المنافقون ان يستأذنوا به من رسول الله صلى الله عليه وسلم، للفرار من الجهاد يوم الخندق، كما حكى القرآن الكريم عنهم في قول الله تعالى: وإذا قالت طائفة منهم يا أهل يثرب لامقام لكم فارجعوا ويستأذن فريق منهم

(٢) تعريف الدكتور حمدى عبدالرحمن في فكرة الحق ـ ص ٦٦.

(٣) سورة النور: آية ٥٨.

النبي، يقولون إن بيوتنا عورة وما هى بعورة أن يريدون الا فرار[٤]، وقد نفى القرآن الكريم وصف العورة عن بيوتهم، فدل على كذب مايدعون.

ووصف القرآن الكريم للبيوت بالعورة فيه دلالة على وجوب ستر ما وراءها لان العورة لغة: هى سوءة الانسان وكل ما يستحيا منه[٥]، وهي في اصطلاح الفقهاء: ما يجب ستره ويحرم النظر اليه[٦]، ووصف البيوت بالعورة التي تنبىء بكل معاني الصيانة والحفظ، يدل على مدى تقدير التشريع الاسلامي لصيانة البيوت بصفة خاصة ـ وحماية خصوصيات الانسان بصفة عامة.

**٣١٥ ـ تنظيم الاسلام لجانب الخصوصية في حياة الانسان:**

لهذا، ونظرا لما يمثله بيت الانسان في حياته، كسياج، يأمن خلفه على عوراته التي لايحب بفطرته ان يطلع عليها أحد، فقد حظى الدخول للبيوت بتنظيم دقيق يضمن حفظ خصوصيات الانسان خلف أبوابها، وجعل لهذا الدخول شروطا تضمن تحقيق تلك الغاية على أبلغ صورة واتم معنى، ثم ان الهدف الرئيسي من وراء ذلك يتمثل في الحيلولة دون وصول احد إلى ما يريد أن يعرفه عن الغير من خصوصيات لايريد هذا الشخص أن يطلع عليها، ونظرا لان التجسس من أخطر الادوات لكشف خصوصيات الانسان، فقد حرص التشريع الاسلامي على النهي عنه، حتى يغلق بتحريمه كل الابواب التي يمكن ان يتسلل منها خطر على خصوصيات الانسان، وقد تقدمت وسائل التجسس واصبح منه التصنت والتصوير ومراقبة المكالمات الهاتفية وغيرها، ومن ثم يجدر ونحن نبرز موقف التشريع الاسلامي أن نتناول تلك السلوكيات الحديثة التي تهدد حق الانسان في خصوصيات حياته بالتأصيل والاشارة.

**٣١٦ ـ أولا: التنظيم الفقهي لدخول البيوت:**

اضفي الشارع الحكيم على البيوت حرمة خاصة يصور غايتها الامام القرطبي بقوله: لما خصّ الله سبحانه ابن أدم الذي كرمه وفضله بالمنازل وسترهم فيها عن

---

(٤) سورة الأحزاب ـ آية ١٣.

(٥) مختار الصحاح ـ ص ٤٦١.

(٦) المغنى لابن قدامة ـ جـ ١ ـ ص ٥٧٧، ونيل الاوطار للشوكاني جـ ٢ ـ ص ٦٩، وما بعدها، وتفسير القرطبي ـ جـ ١٤ ـ ص ١٢٨، وفتح القدير للشوكاني ـ جـ ٤ ـ ص ٢٦٦.

الابصار، وملكهم الاستمتاع بها على الانفراد، حجر على الخلق أن يطلعوا على مافيها من خارج أو يلجوها من غير اذن أربابها، وأدبهم بما يرجع إلى الستر عليهم لئلا يطلع أحد منهم على عورة[7]، وجاء ذلك التنظيم الشرعي لحرمة البيوت في قول الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون، فان لم تجدوا فيها احد فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم، وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هوا زكى لكم والله بما تعملون عليم[8].

وهاتان الايتان الكريمتان تدلان على أمرين في غاية الاهمية، يمثل:

***أولهما:*** اقرار الشارع الحكيم لحق الانسان في خصوصيات حياته داخل بيته.

***وثانيهما:*** يتضمن تنظيما لممارسة هذا الحق في مواجهة الغير، وينبغي بيان ذلك.

### ٣١٧ ـ أ ـ أقرار الشارع لحق الخصوصيـــة.

من ابرز ماتدل عليه الاية الاولى: ان الله عزوجل أراد ان يشعر المخاطبين بأن حق الانسـان داخـل بيته وعلى خصوصيات حياته خلف أبوابه محل اعتبار، حيث نسب البيوت إلى أهلها ممن قرر لهم هذا الحق في قوله تعالى: حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها، أى على أهل تلك البيوت، وقد خاطبهم في بداية الاية بما يدل على هذا المعنى بقوله: لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم، حيث خلع عنهم وصف ملكيتها، فكان من لوازم ذلك اثبات ملكيتها لاصحابها، فالاية الكريمة قد صيغت على نحو يبرز معالم هذا الحق ابتداء.[9]

### ٣١٨ ـ ب ـ ممارسة حق الخصوصية في مواجهة الغير:

ويترتب على ثبوت حق الانسان في خصوصيات بيته، أن يكون لهذا الحق حرمة تمثل نوعا من الاختصاص لصاحبه، فلايجوز لاحد مشاركته فيه، لان مجرد المشاركة من الغير تجافي معنى الخصوصية وليس لغيره أن يلج حمى هذا الحصن المحرم الا باذن منه، وليس المراد بالاذن مجرد الرخصة ولكنه الاذن الذي يفصح عن رضا صاحب البيت العام والمطلق بدخول الغير فيه.

---

(٧) تفسير القرطبي ـ جـ ١٢ ـ ص ٢١٢.

(٨) سورة النور ـ الايتان ٢٧، ٢٨.

(٩) القرطبي ـ المرجع والمكان السابقان.

**٣١٩ ـ شروط صحة رضا صاحب البيت بالدخــول:**

وإذا كان رضا صاحب البيت بدخول غيره فيه يمثل مظهرا من مظاهر اقرار الشارع لحقه في الخصوصية على بيته، فان من شروط صحة هذا الرضا اموراً:

**٣٢٠ ـ الأول: أن يوجد ا لاستئذان من الغير:**

فمن أراد أن يدخل بيت غيره يجب أن يكون استئذانه للدخول سابقا لامسبوقا، يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستـأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلك تذكرون﴾، والاستئناس معناه الاستئذان[١٠] وقيل: معناه العلم الحاصل بموافقة صاحب البيت على الدخول [١١]، وقيل: ان معناه من الانس الذي هو خلاف الاستيحاش [١٢]، واستشعار الراغب في الدخول بأنس صاحب البيت يفيد حصول رضاه بالدخول وزيادة، فمعاني الكلمة كلها تدل على وجوب الاستئذان قبل الدخول.

**٣٢١ ـ آداب الاستئذان وصورته:**

قال العلماء: والسنة في الاستئذان ان يكون ثلاث مرات لايزاد عليها، قال ابن وهب: قال مالك: الاستئذان ثلاث لا أحب ان يزيد أحد عليه، الا من علم أنه لم يسمع فلا مانع أن يزيد إذا استيقن من عدم سماعه، يدل على ذلك ماروى عن أبي سعيد الخدرى ان عمر بن الخطاب قال له: مامنعك ان تأتينا؟ فقال: اتيت فسلمت على بابك ثلاث مرات فلم ترد على فرجعت، لان رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا استأذن أحدكم ثلاثا، فلم يؤذن له فليرجع [١٣] وانما خص الاستئذان بثلاث، لان الغالب من الكلام إذا كرر ثلاثا سمع وفهم، وإذا كان الغالب هذا، فإذا لم يؤذن له بعد ثلاث ظهر أن رب المنزل لايريد الاذن، أو لعله منعه من الجواب عنه عذر لايمكنه قطعه فيجب على المستأذن أن ينصرف[١٤].

---

(١٠) القرطبي ـ المرجع والمكان السابقان.

(١١) المرجع والمكان السابقان.

(١٢) الشوكاني ـ فتح القدير ـ جـ ٤ ـ ص ١٩.

(١٣) حديث مشهور أخرجه الصحيح، راجع: تفسير القرطبي ـ جـ ١٢ ـ ص ٢١٥.

(١٤) المرجع والمكان السابقان.

وصورة الاستئذان ان يقول: السلام عليكم، أأدخل؟، فان اذن له دخل وان أمر بالرجوع انصرف، وان سكت عنه استأذن ثلاثا ثم ينصرف من بعد الثلاث، وقيل: ينبغي أن يقدم الاستئذان على السلام لان الاية قدمته عليه في قوله تعالى: ﴿حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها﴾، الا إذا وقع بصره على انسان قدم السلام[١٥].

فإذا أتى باب البيت لم يستقبل الباب من تلقاء وجهه، ولكن من ركنه الايمن أو الايسر، الا إذا كان الباب مردودا فله أن يقف حيث شاء منه ويستأذن، وذلك احتراما للبيت، وتلافيا لما يمكن أن يقع على ما بداخله من نظرة الفجاءة من الطارق.

فإذا أرسل صاحب البيت إلى غيره رسولا فان هذا الرسول يقوم مقام أذنه في الدخول لما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: رسول الرجل إلى الرجل اذنه، أى إذا أرسل اليه رسولا فقد اذن له في الدخول[١٦].

**٣٢٢ ـ الثاني: ان يكشف المستأذن عن شخصيته:**

ولايكفي لحصول رضا صاحب البيت بدخول غيره، أن يحصل الاذن من الغير على النحو الذي قرره الفقهاء، وانما لابد ـ حتى يكون هذا الرضا صحيحا ـ ان يكشف المستأذن عن شخصيته على نحو يجعل موافقة صاحب البيت على الاذن له بالدخول، صادرة عن رضا تام، يدل على ذلك ما رواه الصحيحان وغيرهما عن جابر ابن عبدالله رضي الله عنهما قال: استأذنت على النبي صلى الله عليه وسلم فقال: من هذا؟ فقلت: أنا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أنا أنا، كأنه كره ذلك[١٧]، قال العلماء: انما كره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك لان قوله: انا، لايحصل بها تعريف وانما الحكم في ذلك أن يذكر اسمه كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبو موسى، لان في ذكر الاسم اسقاط كلفة السؤال والجواب وقد ثبت عن عمر بن الخطاب انه أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو في مشربة له، فقال: السلام عليكم يا رسول الله، السلام عليكم، أيدخل عمر؟، وفي صحيح مسلم أن أبا موسى الاشعرى جاء إلى عمر رضي الله عنه فقال: السلام عليكم، هذا أبو موسى، السلام عليكم، هذا الاشعرى[١٨].

(١٥) الشوكاني ـ المرجع السابق ـ ص ٢٠.
(١٦) القرطبي ـ المرجع نفسه ـ ص ٢١٨.
(١٧) المرجع السابق ـ ص ٢١٧.
(١٨) المرجع والمكان السابقان.

### ٣٢٣ ـ الثالث: يحرم النظر داخل البيت حال الأذن:

كما يجب على من يستأذن للدخول حال الاذن وقبل أن يؤذن له ان يمنع اذاه عن خصوصيات صاحب البيت، سواء كان البيت مفتوحا أم مغلقا، وانما عليه أن يحاول الاذن على حال لايطلع منه على البيت لافي اقباله ولا في انقلابه، فقد روى العلماء عن عمر بن الخطاب أنه قال: من ملأ عينيه من قاعة بيت فقد فسق[١٩]، ذلك إذا كان باب البيت مفتوحا، فان كان باب البيت مغلقا، فمن الحرام الواضح، والتعدى السافر أن يحاول المستأذن التلصص على ما بداخل البيت حتى ولو كان ذلك من أجل أن يؤذن له، فقد روى الصحيح عن سهل بن سعد ان رجلا اطلع في حجر باب رسول الله صلى عليه وسلم، ومع رسول الله صلى الله عيه ولم مدرى (مشطا) يرجل به رأسه، فقال له رسول الله ﷺ: لو اعلم انك تنظر لطعنت به في عينيك، انما جعل الله الاذن من أجل البصر[٢٠].

### ٣٢٤ ـ التعدى على خصوصية الانسان بالتلصص:

وقد اعتبر الفقهاء أن التلصص على منزل الغير دون اذنه، أو الاطلاع عليه من ثقب باب أو شق ونحوه نوع من التعدى الذي يعطى صاحبة المنزل دفعه بالوسائل التي يدفع بها الصائل، بل نظروا إلى المتلصص والناظر من ثقب الباب على أنه صائل يدفع ضرره بما يستطاع فلو أن صاحب المنزل رماه بحصاه أو طعنه بعود فقلع عينه، فلا مسئولية عليه من الناحيتين المدنية والجنائية، أى لايجب عليه قصاص ولادية، يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاه ففقأت عينه ما كان عليك جناح، وفي لفظ لاحمد والنسائي وصححه ابن حبان، فلا دية له ولا قصاص[٢١]، للمتلصص إذا نظر إلى بيته بغير أذنه استدلالا بهذا الحديث وغيره[٢٢]، يقول ابن قدامة: وسبب ذلك ان الناظر من ثقب الباب يرى ما بداخله من غير أن يعلم به أحد فلايستتر، وظاهر كلام أحمد أنه لايعتبر في هذا أنه لايمكنه دفعه

(١٩) المرجع نفسه ص ٢٢٠.

(٢٠) المرجع والمكان السابقان.

(٢١) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٥٠٩.

(٢٢) راجع: مغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ١٩٧، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ـ ص ٢٢٥، واعلام الموقعين ـ جـ ٢ ـ ص ٣٣٦، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣٣٥.

الا بذلك، وقال ابن حامد: يدفعه بأسهل مايمكنه دفعه به فيقول له: أولا انصرف، فان لم يفعل اشار اليه يوهم أنه يحذفه، فان لم ينصرف فله حذفه حينئذ واتباع السنة أولى، فان ترك الاطلاع ومضى لم يجز رميه، لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يطعن الذي اطلع ثم انصرف، وذكر بعض أصحابنا أن الباب المفتوح كذلك، والاولى أن لا يجوز حذف من نظر من باب مفتوح لان التفريط من تارك الباب مفتوحا، والظاهر أن من ترك بابه مفتوحا انه يستتر لعلمه ان الناس ينظرون منه ويعلم بالناظر فيه والواقف عليه[٢٣].

وذهب الحنفية والمالكية: إلى أن صاحب الدار يسأل عن حذفه للناظر من ثقب الباب في عينه، الا إذا بلغ التعدى من الناظر مبلغا يجعله حريا بتوقيع مثل هذا الفعل عليه، بأن تمادى الناظر في فعله، ولم يقف عند حد النظر إلى داخل البيت بعينه فأدخل رأسه وراح ينظر، في هذه الحالة لو رماه صاحب الدار بحجر ففقأ عينه فلايضمن اجماعا[٢٤]، فالفقهاء متفقون على اعفاء الرامي للمعتدى، إذا ادخل الاخير رأسه، فإذا اكتفي بمجرد النظر يكون فعله هذا محل خلاف، والراجح في نظرى هو رأى الشافعية والحنابلة لان تصرف صاحب البيت نحو المعتدى جاء مستندا إلى حديث النبى صلى الله عليه وسلم، وهو الذي يتفق مع المحافظة على خصوصية الانسان.

### ٣٢٦ ــ الرابع: ان يصدر اذنه صاحب البيت بالدخول:

وهذا الشرط معلوم بداهة، لان دخول الغير إلى المنزل مشروط بموافقة صاحبه، وإذا كان الاستئذان بشروط التي سلفت يعتبر حيثية لصدور موافقة صاحب المنزل على الدخول، تبقى تلك الموافقة هي الاساس لذلك، وهي المظهر الحقيقي لتأكيد حق الانسان في خصوصية بيته، يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿فان لم تجدوا فيها احدا فلاتدخلوها حتى يؤذن لكم، فإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو ازكى لكم والله بما

---

(٢٣) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣٣٥ وما بعدها، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٣٨٨ وما بعدها.

(٢٤) راجع في هذا المعنى: تبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه ـ جـ ٦ ـ ص ١١٠، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٢٩٠، مجمع الضمانات ـ ص ١٦٩، والقوانين الفقهية ـ ص ٣٥١.

تعملون عليم﴾[٢٥].

وإذا ثبت أن الاذن شرط في دخول الغير للمنزل، فإنه يجوز أن يصدر الاذن من الصغير والكبير، لما هو معروف من أن أنس بن مالك كان وهو دون البلوغ يستأذن على رسول الله ﷺ وكذلك الصحابة مع ابنائهم وعلمائهم رضي الله عنهم[٢٦].

٣٢٧ ــ ثانيا: تحريم الاسلام للتجسس:

وإذا كان الاسلام قد نظم دخول بيت الغير ووضع له نظاما ينطوي في حقيقته على حفظ حق الانسان في خصوصية حياته، فان هذا التنظيم يعتبر في حقيقته توجيها خاصا باعتبار أن بيت الانسان ليس هو فقط محل خصوصياته، وانما توجد خصوصيات أخرى تقع خارج البيت ولا يريد الإنسان أن تصل إلى غيره، أو قد تكون تلك الخصوصيات مما يقع داخل البيت، ولا يتوقف كشفها على مجرد دخول الغير اليه، فهذا الذي يسعى للكشف عن خصوصيات الانسان لاينتظر منه أن يطلب من صاحب البيت اذنه بالدخول، اذ المعتدى لايحترم غالبا قواعد النظام الذي يجب اتباعه، وانما هو يسعى إلى الحصول على ما يريده من معلومات عن خصوصيات المعتدى عليه بطريقته، وقد تقدمت أدوات التصنت، وتطورت أجهزة التلصص إلى مدى يفوق التفكير، مما يساعده للوصول على مايريده دون قيد أو رابط، لهذا وسداً لقنوات التعدى على الغير في خصوصياته باطلاق، نهى القرآن الكريم عن التجسس، فقال تعالى: ﴿ياأيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم ولا تجسسوا[٢٧]﴾، حيث ورد النهى في الاية عن التجسس باللفظ الصريح القاطع في ثبوت الحرمة.

٣٢٨ ــ حقيقة التجسس ووجه التعدى فيه:

والتجسس لغة: من الجس وهو التفحص، يقال: جس الاخبار أى تفحص عنها، ومنه الجاسوس[٢٨]، وهو الذي يبحث عن الاخبار.

---

(٢٥) سورة النور ـ آية ٢٨.
(٢٦) القرطبي ـ السابق ـ ص ٢٢٠.
(٢٧) سورة الحجرات ـ آية ١٢.
(٢٨) مختار الصحاح ـ ص ١٠٤.

وفي اصطلاح الفقهاء: هو البحث عما ينكتم من عيوب المسلمين وعوارتهم[٢٩]، وقد نهى الله عزوجل في الاية الكريمة عن البحث عن معايب الناس ومثالبهم، وما لايريدون اظهاره مما يدخل في اطار عورات حياتهم، وقد جاء هذا النهى عاما ليشمل كل ما يمكن أن يتسلل منه المعتدى إلى خصوصيات المعتدى عليه، وليكون في هذا العموم مايشمل كل ما اسفرت عنه تطورات العلوم في مجال التجسس والتصنت بالتصوير، والتسجيل ونقل المكالمات الهاتفية وغير ذلك، فهذه الصور من التجسس لا تتأبى عن الخضوع في حكمها لعموم النهى عن التجسس الوارد في الاية الكريمة، لانها أحد أفراده وجزء من مكوناته، ويكون حكمها التحريم.

وجمهور الفقهاء على أن الجاسوس يعزر، وقد زاد أبو حنيفة والاوزاعى وأبو يوسف أنه يودع السجن حتى يتوب، وزاد بعض المالكية نفية من المكان الذي يوجد فيه[٣٠]، وهذا ما لم يكن جاسوسا للاعداء في الحرب فإن كان فإنه يجوز قتله عند المالكية وبعض الحنابلة[٣١]، فان كان الجاسوس حربيا أو كافرا فانه يقتل باتفاق[٣٢]، وان كان ذميا فالراجح أنه ينتقض عهده ويقتل[٣٣].

والذي يعنينا من جريمة التجسس، هو ما يقع منه على خصوصيات الانسان وجمهور الفقهاء على انه يعزر بالحبس والسجن كما سبق.

### ٣٢٩ ـ خصائص التجريم في مجال التعدى على الخصوصية:

ومما يلاحظ على تجريم الشارع الحكيم سبحانه للتعدى على خصوصيات الانسان انه يتسم بأمرين:

### ٣٣٠ ـ أولهما: ان الشارع لم يشترط حصول ضرر للمتلصص عليه:

لقد اناط الشارع الحكيم الحكم هنا بعلة تتمثل في الفعل الضار، وهو هنا مجرد النظر على بيت الغير أو التلصص عليه بدون أذنه، أو التجسس بصفة عامة ولم يشترط

---

(٢٩) الشوكاني ـ فتح القدير ـ جـ ٥ ـ ص ٦٥.

(٣٠) المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٢٤٣، كشاف القناع ـ جـ ٦ ـ ص ١٢٦.

(٣١) تبصرة الحكام ـ لابن فرحون ـ جـ ٢ ـ ص ١٩٤.

(٣٢) نيل الاوطار للشوكاني ـ جـ ٨ ـ ص ١٠

(٣٣) راجع: نيل السابقان.

لتوافر الجرم ان يترتب على هذا النظر أو التجسس ضرر، فلو ان شخصا نظر في منزل غيره من ثقب، ولم تقع عيناه على عورة، فان وجود هذا الفعل يكون كافيا لتوقيع العقاب عليه(٣٤)، حيث لايشترط حصول ضرر، يدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لو أن رجلا اطلع»، حيث جعل مجرد الاطلاع أو النظر هو علة الحكم، دون أن يشترط له حصول ضرر بالمعتدى عليه، وهذه حسنة تحسب للتشريع الاسلامي، لأنه من باب المبالغة في حفظ خصوصيات الانسان، رتب الحكم على مجرد النظر الذي لايتعدى كونه وسيلة أو اداة للتعدى والوقوف على أسرار الانسان، ولم يشترط الفقهاء لنفي التعدى عن المتلصص سوى اهمال صاحب البيت بتركه مفتوحا، وعدم وجود شبهة للناظر في بيت غيره، كما لو كان له محرم فيه أو زوجة أو متاع لم يجز قصد عينه لان له في النظر شبهة(٣٥).

**٣٣١ ــ ثانيهما: لايشترط توافر القصد لدى المعتدى:**

ومن خصائص التشريع الاسلامي في تجريم التعدى على خصوصيات الانسان أنه لم يشترط لتأثيم الفعل الضار بها أهلية، ومن ثم يمكن حصول التعدى من الصغير وناقصى الاهلية، بل ومعدوميها احيانا، يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت﴾ أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم، ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم من بعض، كذلك يبين الله لكم الايات والله عليم حكيم(٣٦)، ووجه الدلالة في هذا القول الكريم ان الله تعالى، قد نهى المؤمنين عن تمكين القصر ممن لم يبلغوا الحلم من الاطلاع على بيوتهم في أوقات معينة حددتها الاية الكريمة، ويغلب فيها تبذل الانسان في بيته بما قد يكشف عن عورته، ومن ثم فقد كشفت الاية الكريمة عن أن الخطر على خصوصيات الانسان يمكن أن يأتى من مسلك أولئك الذين لم يكلفوا امام الله بعد،

---

(٣٤) راجع سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٥١١، وقد جاء فيه: ان الحريم إذا كن في الدار مستترات أو في بيت من بيوتها، ففي وجه لايجوز قصد عينه، والاظهر الجواز لاطلاق الاخبار.

(٣٥) المرجع والمكان السابقان.

(٣٦) سورة النور آية ٥٨.

ولذلك وجه الله الخطاب إلى المؤمنين ليحجبوا خصوصيات حياتهم عن غير المكلفين من الصبية الذين لم يبلغوا، ويمكن أن يلحق بهم المجنون والمعتوه إذا كان من الممكن أن يصف ما رأى، لأن يكشف سر الخصوصية وهتك حجابها لايحتاج إلى مكلف، فقد ينقل طفل صغير أخطر اسرار البيوت، بل قد يحكى مجنون أو معتوه أو ذو غفلة ما وقع نظره عليه دون قصد ليصل إلى سمع غيره ممن له قصد فيستغله ضد المعتدى عليه اسوء استغلال، وبهذا يكون التشريع الاسلامي قد حمى خصوصيات الانسان بابلغ اسلوب وآكد طريق، وبما يجعله في هذا المجال على درجة من الرقي تفوق ماعليه التشريعات الوضعية في هذا الخصوص.

# القسم الثاني

## مدى ضمان الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

٣٣٢ ــ نتناول في هذه القسم دراسة المسائل المتعلقة بضمان الضرر الأدبي من ناحية جوازه أو عدم جوازه، مع بيان الرأى الراجح ، ثم بيان كيفية التعويض عن الضرر الأدبي ومدى انتقال هذا التعويض إلى الورثة وذلك من خلال بابين:

**الباب الأول:**

**التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته.**

**الباب الثاني:**

**كيفية ضمان الضرر الأدبي، ونطاقـــــــه.**

# الباب الأول

## التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته

**وفيه فصلان:**

**الفصل الاول:**

**التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي، ومشروعيته في ظل النظم المعاصرة.**

**الفصل الثاني:**

**مدى مشروعية ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي.**

# الفصل الأول
# التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته في ظل النظم الوضعية المعاصرة

**وفيه مبحثـــــــان :**

**المبحث الأول:** التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي.

**المبحث الثاني:** ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم الوضعية المعاصرة.

## ( المبحث الأول )
## التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي في النظم الوضعية

٣٣٣ ـ يبدو من خلال الوقوف على ما أثر عن فقه الشرائع القديمة الاولية. ان الفعل الضار ـ سواء كان ضرره ماديا أم أدبيا ـ كان يستتبع رد فعل مماثل له، فكان من حق المضرور ان يثأر لنفسه، وان يلحق الاذى بمن أضره، وفي البدء لم يكن لحق الثأر حدود حيث كان المضرور يندفع في استعمال هذا الحق حسبما تمليه عليه غريزته الجامحة وكان هذا الاندفاع يستثير عشيرة الجانى، فيتبادل الفريقان ايقاع الأذى ببعضهما زمنا طويلا ربما شمل عدة أجيال ولا يضع حدا لذلك سوى تدخل طرف ثالث، كأن تحاول احدى العشائر الأخرى فرض تحكيمها على الطرفين المتخاصمين أو يتوسط شخص ذو نفوذ للصلح بينهما، وفي البدء كان السحرة هم الذين يملكون مثل هذا النفوذ، ثم شاركهم فيه بعد ذلك الملوك، فرأت السلطة المركزية، منذ ان اشتد ساعدها ضرورة تحديد حق الثأر منعا من الاسراف فيه، وما يؤدى اليه هذا الاسراف من اثارة الحفائظ واستحكام العداء واضطراب الامن وفقدان الطمأنينة، فنظمت القصاص، وأجازت للمضرور أن يحدث بمن أضره مثل الأذى الذي أصابه، والزمته في هذا الحد بعدم تجاوز الاحكام التي تستفاد من تقرير القصاص[1].

(١) د. سليمان مرقس ـ الوافي ـ ٢ ـ المجلد الثاني ـ ص٨٨ ـ طبعة ١٩٨٨. والوسيط ـ للسنهورى ـ جـ ١ ـ ص ٧٦٢ ـ فقرة ٥١٦ وما بعدها.

وقد رؤى في مرحلة تالية أن يستعاض عن القصاص بالدية، وبدأت الدية اختيارية يتفق الطرفان المتخاصمان على تحديدها، ثم صارت اجبارية ومحددة القيمة سلفا في كل حالة بحكم العرف أو القوانين(٢)، غير أن بعض الجرائم الخاصة كجرائم الاعتداء على الشرف لم تخضع لاحكام الدية الاجبارية المسعرة، وظل فيها حق المجنى عليه كاملا في الاخـذ بالثأر، وهذا ما يفسر استمرار المبارزة معمولا بها حتى في بعض المراحل الحديثة لتطور القانون(٣).

٣٣٤ ــ ولما ظهر للمجتمع أن بعض الجرائم لا يقتصر ضررها على الأفراد بل يجاوزهم اليه، رأت السلطة المركزية ان من واجبها ألا تقتصر على التدخل في المنازعات الخاصة لفرض الدية على الجاني لمصلحة المجنى عليه، وان تعتبر نفسها صاحبة حق في مجازاة من يرتكب جرما يضر بالمجتمع، ومن هنا نشأ حق الدولة في توقيع عقوبة على الجاني في بعض الاحوال باسم المجتمع كله، واقتصر ذلك في أول الامر على الاحوال التي كان يقع فيها اعتداء مباشر على كيان الدولة، ونظامها أو أمنها، ثم تبينت الدولة أن بعض الجرائم التي تقع على الافراد مباشرة تمس الدولة ذاتها بصفة غير مباشرة أى من طريق الاخـلال بالامن فيها، فمدت حقها في العقاب إلى هذه الجرائم أيضا، واقتصرت في ذلك أول الامر على الجرائم الاكثر خطورة، كالقتل والسرقة ثم توسعت فيه تدريجيا(٤).

وقد ترتب على ذلك أن صارت الجرائم أو الأفعال الضارة نوعين: أولهما: جرائم خاصـة لاتملك الـدولة فيها حق العقاب، بل تقتصر فيها وظيفتها على فرض الدية المحددة على الجاني حسما للمنازعات، وثانيهما: جرائم عامة تملك الدولة فيها فوق ذلك حق توقيع عقـوبة باسم المجتمع، ثم أدى ثبوت حق المجتمع في ايقاع العقوبة إلى تعديل في النظر إلى حق المضرور في الدية، فغلب النظر إلى هذا الحق الاخير باعتباره ترضية وتعـويضـا للمضرور أكثـر منه عقابا للمتسبب في الضرر، ومن ثم نشأ حق التعويض على انقاض حق الثار، وهكذا نشأت المسئولية المدنية في أحضان المسئولية الجنائية، فلا عجب إذا انطبعت بطابعها، وتأثرت بأحكامها.

---

(٢) المرجع نفسه ـ ص ٨٩.

(٣) المرجع والمكان السابقان.

(٤) المرجع والمكان السابقان. والوسيط ـ للسنهورى ـ المكان السابق.

ويمكن اجمال ما اتصفت به كلتا المسئوليتين في تلك العصور فيما يلي:

*أولا*: تأسيس المسئولية، مدنية كان أم جنائية على مجرد احداث الضرر بالغير، دون التفات إلى نية الفاعل أو إلى مسئوليته الادبية.

*ثانيا*: حصر أنواع الجرائم المدنية والجنائية وتعيين جزاء كل منها، بحيث لايستوجب الفعل الضار مسئولية صاحبه، الا إذا كوّن جريمة من الجرائم المنصوص عليها[٥].

### ٣٣٥ ـ في القانون الروماني:

وقد مرت المسئولية في القانون الروماني بعد مراحل انطبعت بطابع التمييز بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة، وقد نص قانون الألواح الأثنا عشر على عد بعض الجرائم التي تقع على الأفراد جرائم عامة، نظرا لما تحدثه بسبب خطورتها من اخلال بالامن كجريمة القتل، ومنذ ذلك الوقت أخذت دائرة الجرائم العامة تتسع تدريجيا، وترتب على ذلك اضطراد التوسع في حق الدولة في العقاب إلى جانب حق المجنى عليه في الثأر أو الدية[٦].

وقد تضمن قانون الألواح الاثنى عشر بيان بعض جرائم تعتبر الدية فيه اختيارية، وبعض آخر تعتبر الدية فيه اجبارية، فدل بذلك على أنه وضع في فترة الانتقال من الدية الاختيارية إلى نظام الدية الاجبارية[٧]، غير ان الدية في كلتا الحالتين لم تتغير صفتها باعتبارها عقوبة خاصة حلت محل الحق في الثأر، ولم تصل بعد إلى اعتبارها تعويضا، أى حقا ماليا، وكان من آثار ذلك ان الحق فيها كان ينقضى بموت الجانى، ولم يكن يجوز مطالبة ورثته بها[٨].

---

(٥) المرجع نفسه ـ ص ٩٠ ـ ومحاضرات في المسئولية المدنية ـ ص ١٧، د. عبدالسلام الترمانيني ـ محاضرات في القانون الروماني ـ ص ٢٣٦ ـ مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ١٩٦٤م، والسنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ فقرة ٥١٧.

(٦) د. عبدالمنعم بدر، ود. عبدالمنعم البدراوى ـ شرح القانون الروماني ـ فقر ٥٥٦ ـ طبعة ١٩٥٤.

(٧) Girard (f): Manuel elementairede Droit Roman: Septieme Edition, Paris 1924, P. 417.

(٨) د. عبدالمنعم بدر، والبدراوى ـ المرجع السابق ـ فترة ٦٥٧، د. شفيق شحاته ـ نظرية الالتزامات في القانون الروماني ـ ص ١٥ ـ طبعة ١٩٦٣ ـ المطبعة العالمية بالقاهرة، د. محمود سلام زناتى ـ نظم القانون الروماني ـ ص ٢٩٧ ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ١٩٦٦م.

ثم نص بعد ذلك قانون أكيليا Aquilia (الصادر سنة ٢٨٧ ق.م، وسنة ٤٦٧ من تأسيس روما) على بعض أنواع أخرى من الجرائم منها جريمة قتل الرقيق أو الماشية، ومنها: جرائم جرح الرقيق أو الماشية، وبعض حالات اهلاك أو اتلاف الاشياء المادية الاخرى، وجعل جزاء هذه الجرائم، غرامة خاصة يتقاضاها المجنى عليه، وتقدر بأعلى قيمة بلغها الرقيق او الماشية التي اهلكت في خلال السنة الاخيرة أو بأعلى قيمة بلغها ما اتلف من أشياء أخرى في خلال الثلاثين يوما الاخيرة، على أن تضاعف هذه القيمة إذا أنكر الجاني جريمته، ثم ثبتت عليه[٩]، وظاهر أن هذه الغرامة كان لها صفة العقوبة الخاصة[١٠]، اذ لم تكن تقدر بقدر الضرر الحقيقي بل بقدر أعلى قيمة بلغها المال التالف قبل ذلك خلال مدة معينة، وكانت تضاعف في حالة الانكار، وكان المجنى عليه يملك للمطالبة بهذه الغرامة دعوى خاصة نص عليها القانون هى: L'actio Leqis Aquilia ، وكانت هذه الدعوى مقيدة بشروط كثيرة تضيق من نطاق تطبيق هذا القانون منها:

١ ـ أن يكون قد وقع مساس مادى على مال الغير بغير حق.

٢ ـ وأن يكون هذا المساس عن طريق عمل ايجابى وليس عن طريق مجرد امتناع.

٣ ـ وأن يحدث هذا المساس بفعل مادى من الجاني يقع مباشرة على مال الغير، أى أن يقع من طريق اتصال جسم الجاني بالمال الذي اتلف مباشرة فلا ينطبق ذلك مثلا على من يحدث صوتا مزعجا بالقرب من ماشية الغير على حافة نهر، فيسبب انزعاجها واندفاعها إلى النهر وهلاكها فيه.

٤ ـ وأن يكون المجنى عليه مالكا الشيء الذي اتلف، وأن يكون رومانيا غير اجنبى، فلا ينطبق ذلك على صاحب حق الانتفاع بالشيء الذي اتلف ولا على مستأجره أو معيره[١١].

---

(٩) د. عبدالمنعم بدر، والبدراوى ـ المرجع نفسه ـ فقرة ٥٧٨، د. عمر ممدوح مصطفى ـ القانون الروماني ـ ص ٤٤٢ ـ الطبعة السادسة ١٩٦٧م ـ دار المعارف بمصر.

(١٠) Giffard: Droit Romain et Ancien Droit francais les oblieations, 3 emeed par Robert Villevs precis, Dalloz, 1970, No. 320, P. 227. ets.

(١١) د. عبدالمنعم بدر والبدراوى ـ المرجع السابق ـ فقرة ٥٧٧، د. محمد ابراهيم الدسوقي ـ المسئولية المدنية بين الاطلاق والتقييد ـ فقرة ١٧ ـ ص ١٦ وما بعدها ـ دار النهضة العربية، والوسيط للسنهورى ـ المكان السابق.

وراجع: Gomma (Nooman): Theorie des sources de lobligation these, Paris, 1960. L. G.D.J. 1968 P. 131 No: 123. etc. وراجع: د. جميل الشرقاوى ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٥٩ ـ هامش ١.

كما كان من المقرر مع ذلك أن هذا القانون لايسرى على اتلاف العقارات، وقد خفف البريتور والفقهاء فيما بعد من هذه الشروط رغبة في تخويل المجنى عليه الحق في الغرامة الخاصة في حالات لم تكن تتوافر فيها تلك الشروط، ففي حالة جرح الرجل الحر، لم يكن هذا يملك دعوى قانون اكيليا، لان هذه الدعوى كانت مقررة لحالة جرح الرقيق فقط، فخول البريتور الرجل الحر، الذي يصاب بجرح، حق المطالبة بالغرامة عن طريق هذه الدعوى، وخول المجنى عليه مثل هذه الدعوى أيضا في حالة المساس غير المباشر بمال الغير أو بالرقيق المملوك للغير، أى أنه لم يشترط في هذه الدعوى توافر اتصال مادى مباشر بين الجاني والمال الذي أتلفه، بل اكتفى بمجرد التسبب في التلف دون اتصال مادى، كما استعمل الحيلة في افتراض غير المالك مالكا وغير الروماني رومانيا، وخولهما الدعوى على أساس هذا الافتراض، وتوسع الفقهاء في تفسير النص الخاص بحالات الاتلاف سابقة الذكر، وطبقوه على كل حالات الاتلاف الاخرى، وبذلك أصبح المساس بمال الغير، أو التعدى الذي يخول حق المطالبة بتوقيع العقوبة الخاصة يشمل كل مساس بمال الغير أو بشخص الغير.

وفيما يتعلق بتقدير الغرامة لم يقف الفقهاء عند حد المساس او التلف المادى الذي أصاب الشيء، بل نظروا إلى الضرر الذي عاد على مالكه، فمثلا إذا قتل عبد كان قد عين وارثا لشخص غير مالكه، وحدث القتل قبل قبول العبد التركة، فالعبرة ليست بثمن العبد القتيل فحسب، بل أيضا بقيمة ما ضاع على مالكه من ميراث بسبب هذا القتل، ولكنهم من جهة أخرى لم يكتفوا في تحقيق المسئولية بمجرد حصول المساس المادى، بل اشترطوا أن ينشأ عن هذا المساس ضرر، وقالوا: ان من يقطع حاصلات غيره بعد نضجها، لاتتحقق مسئوليته برغم مساسه المادى بمال غيره، لان هذا المساس لايترتب عليه ضرر للمالك، اذ ان فصل المحصولات الناضجة عن الارض لاضرر منه[١٢].

غير أنهم وقفوا عند هذا الحد، ولم يصلوا إلى تعميم القول بأن كل فعل احدث ضررا بالغير يوجب مسئولية فاعله، سواء أكان الفعل مباشرة أم تسببا وسواء اكانت نتيجته ضررا أو مساسا ماديا بحق الغير[١٣].

---

(١٢) المرجع السابق - فقر ٥٨١، د. محمود سلام زناتى - السابق - ص ٣٠٥.

(١٣) د. سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ٩٣، والمراجع المشار اليها فيه.

. . . وقد حاول الفقهاء أن يسدوا هذا النقص من طرق أخرى، فاستعانوا في ذلك بدعوى الغش Actio doli ، وهي دعوى احتياطية لالزام من ارتكب خطأ تدليسيا dolus في بعض الاحوال بقيمة ما سببه من ضرر للغير بخطئه، ولكنهم لم يجعلوا من ذلك مبدأ عاما كما في القانون الحديث غير أن النصوص تعددت عندهم حتى صارت تشمل ليس اغلب الأحوال التي يقع فيها ضرر مادي فحسب، بل أيضا الكثير من احوال الضرر الادبي[١٤].

ويستبين من ذلك ان القانون الروماني لم يقرر مبادىء عامة للمسئولية، وانما عرف حلولا جزئية لمسائل معينة زاد تعدادها مع الزمن، ولكن لم تنتظمها قاعدة عامة قط، كما يستبين أيضا أن المسئولية كانت تقوم في الاصل على اساس التعدى المادى وما ينشأ عنه من ضرر، ولم يكن يشترط في قيامها ارتكاب الجانى أى خطأ، لان دعوى المسئولية حلت محل الحق في الثأر، وهذا لم يكن ينظر فيه الى مسلك الجانى واعتباره خطأ أو غير خطأ، وغاية الامر ان الرومان سرعان ما أدركوا أنه لامحل للثأر من الصغير غير المميز ولا من المجنون لان فعلهما لايختلف عن فعل الحيوان فاشترطوا في مسئولية الجانى أن يكون مميزا ولم يقصدوا بذلك مطلقا أول الامر أن لاتقوم المسئولية الا جزاء مسلك خاطىء، ولم تظهر فكرة الخطأ عندهم كشرط لقيام المسئولية الا في أواخر عهد الجمهورية، وتحت تأثير الفلسفة اليونانية، ثم اشترطوا في تطبيق قانون اكيليا، أن يكون في مسلك الجانى الذي وقع منه التعدى خطأ، واكتفوا في ذلك بأدنى خطأ منه et Levissima Culpa Venit in lege Aquilia وانتهى الامر ان صار لفظ injuria مراد فالمعنى الخطأ Culpa وهذا بخلاف دعوى الغش التي كان قوامها الخطأ والتدليس.

. . غير أن فكرة الخطأ هذه لم تحدد ولم توضح معالمها وقد لازمها هذا الابهام في مختلف العصور حتى الان[١٥].

---

(١٤) المرجع السابق ـ ص ٩٤، ومحاضرات في المسئولية المدنية ـ فقرة ٢ ـ ص ١١، وحسين عامر ـ المسئولية المدنية ـ فقرة ١٦٧ ـ ومحمد نصر رفاعى ـ الضرر كأساس للمسئولية المدنية ـ فقرة ٦ ـ ص ٢١ ـ والوسيط للسنهورى ـ المكان السابق، وجميل الشرقاوى ـ السابق.

(١٥) د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ٩٥، والمراجع المشار اليها فيه. د. عبدالعزيز فهمي باشا ـ قواعد وأثار فقهية رومانية ـ نقلها إلى العربية ـ فقرة ٤١ ـ مطبعة جامعة فؤاد الاول ١٩٤٧م، محمود سلام زناتى ـ نظم القانون الروماني ـ ص ٣٠٩، د. عمر ممدوح مصطفى ـ القانون الروماني ـ ص ٤٤٩ وما بعدها، د. صوفى أبو طالب ـ تاريخ النظم القانونية =

وقد وصل القانون الروماني في أواخر عهده الى اعتبار الضرر الادبي كافيا في جميع الاحوال لوجوب التعويض[١٦]، كما كان يقر أحوالا كثيرة يعوض فيها عن الضرر الادبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية[١٧].

**٣٣٦ ــ ضمان الضرر الأدبي في القانون الفرنسي القديم:**

بدأت المسئولية في القانون الفرنسى القديم، كما بدأت في القانون الروماني، أى باعتبارها بديلا عن حق الثأر، وبالتالي ذات صبغة جنائية تخول المجنى عليه مطالبة الجانى بغرامة محددة، سواء كان ذلك في الجرائم الخاصة أو في الجرائم العامة.

ومنذ أوائل القرن الثالث عشر بدأ القانون الفرنسي يميز بين الجرائم التي تقع على الاموال واعتبر حق المجنى عليه في هذا النوع الاخير من الجرائم حقا مدنيا يخوله التعويض عما أصابه من ضرر.

أما في جرائم الاشخاص فقد اعتبر حق المجنى عليه حقا ذا صبغة جنائية يقصد به توقيع عقوبة على الجاني أو الزامه بالتكفير عن ذنبه تكفيرا مدنيا reparation civile.

وكانت قواعد التكفير المدنى تدل على صبغته الجنائية حيث كان حق المطالبة به ينتقل بعد المجنى عليه لا الى ورثته بل الى أولياء الدم، وكان ذلك بدء تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية، وقد ساعد ذلك فقهاء القانون الفرنسي القديم على الفصل بين الجرائم ذات الجزاء الجنائى والمدنى معا، والاخرى التي لاتستتبع الا جزاء مدنيا فقط هو تعويض الضرر، كما ساعد على الكشف عن أساس مشترك بين جرائم هذا النوع الاخير هو الاهمال أو عدم التبصر، فظهرت بذلك فكرة الخطأ باعتبارها أساسا للمسئولية في الافعال الضارة بالاموال[١٨].

وقد برز استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية وتأسيسها بوجه عام على خطأ المسئول في مؤلفات الفقيه الكبير دوما Domat عن القوانين المدنية Les Lois civiles. حيث تكلم عن الاضرار التي تنشأ من أفعال لاتكون جناية أو جنحه، ويبدو من خلال

ــ والاجتماعية ـ ص ٤٤٠ ـ دار النهضة العربية ١٩٧٥م.

(١٦) د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ١٥٧.

(١٧) الوسيط ـ للسنهورى ـ جـ ١ ـ ص ٨٦٥.

(١٨) المرجع السابق ـ ص ١٠٦.

ماكتبه انه قد خصصه لدراسة المسئولية المدنية . وكان مما تحدث عنه الاضرار التي تحدث نتيجة خطأ أيا كان[١٩]، حيث يظهر أنه قد استولت عليه فكرة الخطأ التي كانت قد ظهرت من قبله باعتبارها أساسا للمسئولية في الافعال الضارة بالاموال فعممها حتى أمكنه أن يصوغ منها مبدأ عاما يجعل المرء ملزما بتعويض ما يسببه بخطئه من أضرار للغير حيث قال : ان ما يحدث من ضرر بفعل أى شخص سواء صدر منه نتيجة جهل أو طيش أو عدم تحوط ، أو أى خطأ مهما كان يسيرا فانه يلتزم بتعويضها من تسبب في حدوثها بعدم تبصره أو بأى خطأ آخر[٢٠].

. . وقد حذا الفقيه الفرنسي بوتييه حذو دوما ، ففرق بين الجنح المدنية وأشباه الجنح باعتبارها مصادر للالتزامات ، ثم عرض للمسئولية المدنية عن فعل الغير في كتاب الوكالة بمناسبة التزام المتبوعين والسادة والآباء[٢١].

٣٣٧ ــ وهكذا تم في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية . وأصبح لها كيان مستقل ، حيث تقرر في شأنها مبدأ عام يغنى عن النص على مختلف الحالات ، وصار يكفى لتحققها ارتكاب أى خطأ يسبب ضررا للغير ، ولا مسئولية بدون خطأ ولذلك فانه اذا نشأ أى ضرر غير متوقع عن فعل برىء ، لايمكن نسبة خطأ الى فاعله ، فان الفاعل لايكون مسئولا عنه[٢٢].

وهكذا كانت المسئولية المدنية في أواخر القرن الثامن عشر أى قبيل الثورة الصناعية وحركة التقنين الكبرى قد تقررت في شأنها قاعدة عامة ، واعتبر الخطأ أساسا لها لاتقوم بدونه ، كما تقرر الى جانب ذلك جواز مساءلة المرء عن فعل غيره في أحوال معينة ، ومساءلته عن الاضرار التي تقع بفعل حيواناته ، أو تنشأ عن سقوط عماراته[٢٣]، ومع

---

(١٩) Domat: lec lois civiles dans leurs ordre naturel liver 2, Titre 8, section 4, Paris, 1777.

وراجع : د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٤٦٠ .

(٢٠) Domat. Op. cit.

**وراجع :**

Colin (A) et capitant (H): cours elementaire de droit civil francais, T. 2, No. 1286, Paris, 1959.

**(٢١) د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ١٠٧ .**

**(٢٢) راجع في هذا المعنى :** Mazead (H & L) et Chabas: Lecons de droit civil, T.2, 1 er, volum, No. 37, 6 em edition. 1978.

**(٢٣) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٠٨ .**

ذلـك فلم يرد في التقنـين الفرنسي القديم تنظيما واضحا لمبدأ التعويض عن الضرر الادبي، وان كان التعويض عن هذا النوع من الضرر أمرا جائزا(٢٤).

**٣٣٨ ـ في التقنين الفرنسى :**

حرص واضعوا التقنين على تحديد ضوابط المسئولية المدنية كما وردت في كتابات دوما وبوتييه، وقد صاغت المادة (١٣٨٢ مدنى فرنسى) القاعدة العامة التي تنص على ان كل فعل أيا كان يقع من الانسان، ويحدث ضررا بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر، وكان دوما قد نص على ذلك من قبل، ثم بدا لهم أن يحذوا حذو بوتييه في التفرقة بين الجنحة وشبه الجنحة، فنصوا على جرائم الاهمال أو اشباه الجنح في المادة (١٣٨٣ مدنى فرنسى) حيث قرروا: أن المرء لايسأل عن الضرر الذي سببه بفعله فحسب، بل يسأل أيضا عما سببه باهماله أو بعدم تبصره(٢٥)، وقد جاءت الاعمال التحضيرية زاخرة بما يدل على قصد واضعى هذين النصين تقرير قاعدة عامـة تلزم كل من سبب بخطئه ضررا للغير، وتحول دون مساءلة من لم يرتكب أى خطـأ(٢٦)، وقد اشترطت المادتان المشار اليهما لتحقيق مساءلة الشخص مدنيا أن تتوافر أركان ثلاثة حتى تثبت دعواه ويحكم له بالتعويض، وقد وجدت حالات اعفاء معينة للمضرور من عبء اثبات خطأ الفاعل، نص عليها القانون الفرنسي في المواد ١٣٨٤ إلى ١٣٨٦ مدنى فرنسى، وهى حالات مسئولية الآباء والامهات والمربين عن أفعال أولادهم أو تلامـذتهم، ومسئولية المخدومين عن أفعال خدمهم وتابعيهم، ومسئولية مالك الحيوان أو من يستخدمه عن أفعال حيوانه، ومسئولية مالك البناء عن انهدام البناء متى كان ذلك راجعا إلى وجود عيب في تشييده أو نقص في صيانته، ويترتب على هذا الاعفاء قيام المسئولية ابتداء في الحالات المشار اليها دون حاجة بالمضرور إلى اقامة الدليل على وقوع خطأ من المسئول(٢٧).

---

**(٢٤) في هذا المعنى: د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٥، وقارن الوسيط ـ للسنهورى ـ ص ٨٦٥ حيث يقرر: ان التعويض عن الضرر الادبي في ظل القانون الفرنسى القديم كان مقصورا على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية، توهما ان هذا هو حكم القانون الروماني.**

**(٢٥) د. سليمان مرقس ـ المرجع والمكان السابقان.**

(٢٦) Mazead, Op. cit, No. 35 et 36.

(٢٧) Mazead, Op. cit.

**والوسيط للسنهورى ـ جـ ١ فقرة ٥١٩.**

**٣٣٩ ــ تطور أحكام المسئولية المدنية:**

وقد تطورت احكام المسئولية المدنية منذ وضع التقنين الفرنسى وبخاصة منذ الربع الاخير من القرن التاسع عشر، على نحو يستوعب ما جد في الحياة من قضايا المسئولية التي أخذت تتلاحق، ويتضاعف عددها أضعافا في سرعة فائقة، تقتحم كل يوم ميدانا جديدا، وتستحدث في كل ميدان ألوانا من المشاكل لم تعرض من قبل، وزاد البحث والجدل حول موضوعات المسئولية المدنية، فأصبحت هذه الموضوعات في أقل من نصف قرن في طليعة المسائل التي تشغل المحاكم، وتملأ مجموعات الاحكام ومنها على سبيل التأكيد الضرر الأدبي ومدى امكانية التعويض عنه.

وترجع هذه الاهمية التي بلغتها موضوعات المسئولية المدنية، إلى عدة أسباب منها النهضة الصناعية الكبرى، وظهور وسائل النقل الحديثة من قاطرات وسيارات وطائرات، وشيوع استعمال الالات الميكانيكية والكهربائية في جميع نواحى النشاط الانساني، وانتاج وتوزيع الاجهزة والمنتجات القابلة للانفجار، وما صاحب ذلك من ازدياد عدد الحوادث الضارة، والاسباب التي تقتضى قيام المسئولية[٢٨].

كما كان لظهور الأفكار الوضعية أكبر الأثر في قيام المسئولية على أساس الضرر وان تقدر بقدرة، دون حاجة إلى ان يكون المسئول قد ارتكب خطأ[٢٩]، وهكذا تطورت أحكام المسئولية المدنية في الفقه الفرنسي، حتى وصلت إلى ما هي عليه الان مما يشمل التعويض عن الضررين المادى والأدبي.

**٣٤٠ ــ وفي القانون المدنى المصرى:**

بعد أن تبلورت فكرة المسئولية كمبدأ عام في نصوص القانون المدنى الفرنسى بصفة ثابتة ومستقرة انتقلت إلى التقنين المدنى المصرى المختلط عام ١٨٧٥ في أربع مواد من

---

(٢٨) Viney (G): Traite de Droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Les obligations, T. 4, No. 17, P. 18, 19, la responsabilite: conditions 1982, et I.V. La responsabilites effets, 1988.

(٢٩) Viney, Op.cit, P. 23. Mazead, Op.cit, No. 64: 66. Esmein. Cours de droit civil Approfondi, deplomed, etudes superieures droit prive, Paris. 1949-1950, P. 15 et.s

**وراجع: حسين عامر ـ المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية ـ فقرة ١٧٠ ص ١٥١ ـ الطبعة الاولى ١٣٧٦هـ/ ١٩٥٦م ـ مطبعة مصر.**

٢١٢ إلى ٢١٥، حيث وضع القاعدة العامة بقوله في المادة ٢١٢: ان كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشىء عنه، مالم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لسبب آخر، وفي المادة ٢١٣: تكلم عن مسئولية الانسان عمن هم تحت رقابته، وفي المادة ٢١٤ تكلم عن مسئولية المخدوم عن أفعال خدمه، وفي المادة (٢١٥) تكلم عن مسئولية مالك الحيوان[٣٠].

وقد نقل التقنين الاهلى عام ١٨٨٣ أحكام المسئولية المدنية عن التقنين الفرنسى، ولم يخرج عما ذهب اليه التقنين المختلط سوى انه اختصر المواد الاربع المتعلقة بالمسئولية المدنية وقننها في ثلاث مواد من ١٥١ إلى ١٥٣[٣١].

وقد ذهب الفقه إلى القول: بأن خلو القانون المدنى القديم من اشتراط الخطأ لم يكن مثار خلاف، اذ رجع الفقه والقضاء في اعتبار الخطأ أساسا للمسئولية المدنية إلى النص الفرنسي الذي أخذت عنه تلك المادة[٣٢]، وقد لغى هذا القانون، وحل محله القانون المدنى المصرى الجديد الذي بدأ العمل به في اكتوبر سنة ١٩٤٩ والذي توسع في تنظيم المسئولية المدنية، فلم يقنع بالاقتباس من القانون الفرنسى، بل لجأ إلى مقارنة الشرائع المختلفة سواء منها اللاتيني أو الجرمانى أو الفقه الاسلامي، وأخذ من كل منها بما يوائمه ويتفق مع البنية المصرية، ويطابق أحكام القضاء المصرى في حدود الاحكام الشرعية[٣٣]، وقد حظيت المسئولية المدنية فيه بما تستحقه من عناية تتناسب وما بلغته

(٣٠) مصطفى مرعى ـ المسئولية المدنية في القانون المصرى ـ الطبعة الاولى ١٩٣٦ ـ فقرة ٢١٧ ـ ص ٢٠٧ ـ مطبعة نورى بالقاهرة، والوسيط ـ للسنهورى ـ جـ ٢ ـ فقرة ٥٢١ ـ ص ١٠٧٣ الطبعة الثالثة ١٩٨١ ـ دار النهضة العربية.

(٣١) د. سليمان مرقس ـ محاضرات في المسئولية المدنية ـ القسم الاول ـ فقرة ١٨ ـ طبعة ١٩٥٨ ـ معهد الدراسات العربية بالقاهرة، د. محمد حسين الشامي ـ ركن الخطأ في المسئولية المدنية ـ ص ٣٦ ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٩٠.

(٣٢) د. محمد حسين الشامي ـ المرجع نفسه ص ٣٧، د. محمد لبيب شنب ـ المسئولية عن الاشياء ـ دراسة مقارنة في القانون المدنى المصرى مقارنا بالقانون الفرنسى ـ فقرة ٢١ ـ ص ٢٦ ـ ١٩٧٥ ـ مكتبة النهضة المصرية، د. عبدالسلام ذهنى ـ النظرية العامة للالتزامات ـ ص ٦٧٤ ـ مطبعة مصر ١٩٥٢ ـ د. محمد ابراهيم دسوقي ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ ص ٧٩ ـ موسسة الثقافة الجامعية ـ اسكندرية.

(٣٣) د. سليمان مرقس ـ الوافى ـ ٢ ـ الفعل الضار ـ ص ١٣٠.

من أهمية في الوقت الحاضر فأفرد لها الفصل الثالث من باب مصادر الالتزام وتناولها في ست عشرة مادة (من ١٦٣ ـ ١٧٨) بدلا من ثلاث مواد في التقنين القديم، ووزع هذه المواد بين ثلاث فروع، نص في أولها على القواعد العامة للمسئولية المدنية بمناسبة مسئولية المرء عن فعله الشخصى (المواد من ١٦٣ إلى ١٧٢). وقد عالج في هذا الفرع أركان المسئولية بوجه عام ثم بين أحكامها، وفي الفرع الثاني نص على مسئولية المرء عمن يخضعون تحت رقابته في المادة ١٧٣، وفي المادة ١٧٤ تحدث عن مسئولية المتبوع عن فعل تابعه، وفي المادة ١٧٥ تكلم عن حق المسئول عن غيره في الرجوع على ذلك الغير.

وفي الفرع الثالث تناول المشرع في المادة ١٧٦، مسئولية حارس الحيوان وقرر في المادة ١٧٧ مسئولية حارس البناء، وفي المادة ١٧٨ مسئولية حارس الأشياء.

وتتميز هذه النصوص في مجملها بصياغة حديثه ورقيقة، ومتكاملة على نحو يستوعب كل ما يتعلق بأحكام المسئولية عن الفعل الضار سواء كان ماديا أم أدبيا، وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٢٢ من التقنين المدنى المصرى حيث جاء فيها: يشمل التعويض الضرر الادبي أيضا، ولكن لايجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير الا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، وقد جاء هذا النص القاضي بالتعويض عن الضرر الأدبي بعد أن أورد المشرع في المادة ١٦٣ ما يفيد تعويض الضرر ايا كان نوعه، بحيث يعتبر نص المادة ١/٢٢٢ مفصلا لنوع الضرر الذي يجب تعويضه ومبينا بصفة خاصة لحالة التعويض عن الضرر الادبي.

## ( المبحث الثاني )

## ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم الوضعية المعاصرة

٣٤١ ــ كان وجوب التعويض عن الضرر الادبي محل جدل كبير في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر، حيث كان كثير من الشراح يرون أنه لايجوز التعويض عن الضرر الأدبي، وكانوا يؤسسون رأيهم على عدة اعتبارات منها:

*أولا:* ان المقصود بالتعويض يتمثل في جبر النقض الذي حصل في ثروة مالية بدلا من ذلك الذي نقص منها، والضرر الادبي ليس كذلك، حيث لم يحصل فيه مساس بثروة الشخص ولا بمصالحه المالية، ومن ثم يكون وجوب التعويض فيه أمرا لامعنى له، لانه لايمثل خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالى.

*ثانيا:* كما أن القول بجواز التعويض عن الضرر الادبي لايتواءم مع ما تقضى به مبادىء الاخلاق، اذ كيف يستساغ أخذ مبلغ من النقود عن ضرر يصيب الشرف او العاطفة أو الحنان، إنه لمما يؤذى الحياء أن يطالب الشخص بمبلغ من المال تعويضا عن فقده لولده أو أمه أو أخيه[1]، وانه لمما ينافى المثل العليا الاخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الاموال المادية، فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها[2].

*ثالثا:* ثم ان تقويم الضرر الادبي لايمكن أن يكون الا تحكميا اذ من المستحيل أن نقدره بالمال، وعندئذ يكون الخلاف كبيرا بين المحاكم في تقويمها لذلك الضرر[3]، كما أن تقدير الضرر الأدبي سوف يختلف باختلاف الاشخاص أيضا مع اختلاف المحاكم في تقديره، ومن ثم فان تقديره سيكون تحكميا لايمكن أن يحقق العدالة[4].

---

(١) د. عبدالحى حجازى ـ النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٧٤، د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٥٥ وما بعدها، د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٦٦.

(٢) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٥٦.

(٣) د. عبدالحى حجازى ـ المرجع والمكان السابقان.

(٤) د. سليمان مرقس ـ المرجع والمكان السابقان، والوسيط للسنهورى ـ المكان السابق ـ مصطفى مرعى ـ المسئولية المدنية ـ ص ١١٩، والاستاذ حسين عامر ـ المسئوية المدنية ـ فقرة ٣٣٩ ـ الطبعة الاولى ـ مطبعة مصر ١٩٥٦م، د. محمد ابراهيم دسوقي ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ ص ٤٦٥.

وقد كان جانب من الفقه يميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه، وضرر أدبي لايجوز فيه التعويض، وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في وضع حد لهذا التمييز، فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الادبي الذي يجر إلى ضرر مادى، ولا يعوض الا هذا الضرر المادى وحده[٥]، فهؤلاء اذن لايجيزون تعويض الضرر الادبي في ذاته، كما ان منهم من كان يقصر التعويض على الضرر الادبي الذي يترتب على جريمة جنائية[٦].

وبالنظر في أساس هذا التمييز نجد انه لايقوم على سبب معقول أو معيار مستساغ، كما أن منهم من يجيز التعويض في الضرر الادبي الذي يصيب الشرف والاعتبار لانه يجر في العادة إلى ضرر مالى، ولايجيزه في الضرر الادبي الذي يصيب العاطفة والشعور، لانه يتمخض ضررا أدبيا خالصا لايمتزج به ضرر مادى[٧].

كم كانت أحكام القضاء تجرى على منوال ما يراه الفقه آنئذ من عدم صلاحية الضرر الأدبي للتعويض، ومن هذا القبيل ما قضت به بعض المحاكم المصرية من أن الضرر الأدبي لايكفي لإجابة طلب المدعى بالتعويض مادام المدعى لم يصبه أى ضرر مادى، أو تأسيسا على أن الشرف لايقوّم بالمال[٨]، وكذلك الحزن والالم[٩]، وان التعويض لايستحق الا عن ضرر اختل به نظام حياة المضرور بسبب موت من ينفق عليه[١٠]، ومن أنه لامحل للحكم بتعويض مالى عن الضرر الادبي لعدم سهولة تقويم هذا الضرر، لانه لايصح أن يكون أساسا للاتجار المالى[١١].

---

(٥) السنهورى - الوسيط - جـ ١ ص ٨٦٦.

(٦) Aubry et Reu: Droit civil Francais, Tome. 6, No. 445, P.P.345: 348. ed. 1951. Paris

(٧) السنهورى - الوسيط - المكان السابق.

(٨) راجع: حكم محكمة استئناف مصر في ٣/ ١/ ١٩٢٨ - مجلة المحاماه ٨-٧٦٤-٤٦٥، واستئناف مصر في ٢٥/ ٢/ ١٩٢٧، المحاماه ٧-٨٧٣-٤٩٨، ٧/ ٢/ ١٩٢٨، المحاماه ٨-٨٦٦-٥٢١.

(٩) استئناف مختلط في ٢٨/ ١/ ١٩٢٦م، مجلة التشريع والقضاء المختلط - السنة - ٣٨- ص ٢١٠.

(١٠) استئناف مختلط في ٣/ ١/ ١٩٢٨ - مجلة المحاماة ٨-٧٦٤-٤٦٥.

(١١) حكم محكمة استئناف مصر في ٢٦/ ١١/ ١٩٣١، المحاماة ١٢-٦٣١-٣١٥ - وقد قضت محكمة المنصورة الابتدائية الوطنية في ٢٢/ ١١/ ١٩٣٧ بأنه: إذا كان يجوز للحكومة المطالبة بتعويض الضرر المادى، فان هيبتها أسمى من أن تطالب بالتعويض المدنى وكرامتها فوق =

### ٣٤٢ ـ اجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي:

غير أن رأى الفقه قد اعتراه تغيير بشبه الاجماع على خلاف ما ذهب اليه رأى الفقه السالف، وأصبح الامر مستقرا على جواز التعويض عن الضرر الادبي، وإذا كان الفقه سلفا قد بنى رأيه على اعتبارات وجد من خلالها ان جواز التعويض لامبرر له، فانه اليوم قد وجد من المبررات ما يجعله يعدل عن رأيه السابق، حيث استبان ان القول بأن طبيعة هذا الضرر لاتقبل التعويض، وان تقدير التعويض فيه مستعصى، قد بنى على لبس في فهم معنى التعويض، اذ ليس المقصود بتعويض الضرر محوه وازالته من الوجود، والا فان آثار الضرر الادبي لاتمحى ولا تزول بتعويض مادى [١٢]، ولكن يقصد به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الادبي [١٣]، فالخسارة لاتزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها، وعلى هذا الاساس يمكن تعويض الضرر الادبي [١٤]، فقد يكون صحيحا من الناحية النظرية أن يقال ان الضرر الادبي لايمكن اصلاحه بالنقود، ولكن يمكن كذلك أن يقال: ان النقود إذا لم تستطع اصلاح كل الضرر فانها على الاقل تساعد على التخفيف منه [١٥]، أو هو على الاقل يشكل بديلا لارضاء المجنى عليه أو المضرور، هذا فضلا عن أنه ينبغى أن يراعى أنه ليس من العدالة ألا يجازى المخطىء، فالتعويض في هذه الحالة يعتبر نوعا من العقوبة التي يحكم بها لصالح المضرور [١٦].

---

الاعتبارات المالية، لان شرف الدولة واعتبارها هو بعض المصلحة العامة التي تحميها الدعوى العمومية، وان مواد قانون العقوبات التي و ضعها الشارع لحماية الموظفين والهيئة النظامية كفيلة بابراز سطوة الحكومة وصيانة هيبتها، مشار اليها في سليمان مرقس ـ السابق ص ١٥٦ وما بعدها ـ هامش (٢)، وراجع: حكم محكمة استئناف أسيوط في ١٢/١٢/١٩٣١١، المحاماه ١٢٠ رقم ٣٨٢.

(١٢) د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٦٧، د. عبدالمنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ـ ص ٥٩١، د. أحمد حشمت أبوستيت ـ نظرية الالتزام ـ الكتاب الاول ـ ص ٤٤٠ وما بعدها هامش (٢) ـ طبعة ١٩٥٤م، د. جميل الشرقاوى ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٨٥.

(١٣) د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ المرجع والمكان السابقان.

(١٤) المرجع والمكان السابقان، ود. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤٧٤.

(١٥) د. عبدالحى حجازى ـ المرجع والمكان السابقان.

(١٦) د. توفيق فرج ـ مصادر الالتزام ـ ص ٢٥٣ ـ طبعة ١٩٧٨م.

وبناء على ذلك، فان من أصيب في شرفه واعتباره يجوز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس، وان مجرد الحكم على المسئول بتعويض ولو ضئيل، كفيل برد اعتبار المضرور[١٧]، وان من أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه، والالم الذي يصيب الجسم، يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه [١٨]، وأما تقدير مبلغ التعويض فانه ليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادى، وما على القاضى الا أن يقدر مبلغا يكفى عوضا عن الضرر الادبي دون غلو في التقدير ولا اسراف[١٩]، أما عن امكان حصول تحكم من جانب المحاكم في تقدير التعويض عن الضرر الادبي، فثمة أمور كثيرة، يكون مرجع الامر فيها إلى مجرد تقدير القاضي، دون أن يمنع ذلك من الالتجاء اليه في مثل هذه الامور[٢٠].

وقد انقضى هذا الخلاف من زمن، وأصبح الاجماع منعقدا في الفقه وفي القضاء على ان الضرر الادبي يستوجب التعويض كالضرر المادى[٢١]، وقد قررت محكمة النقض المصرية: ان الضرر الادبي يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا لان التعويض المادى - مهما قيل عنه تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الادبي - يساعد ولو بقدر على تخفيف الم المضرور [٢٢]، وقد حكمت سائر المحاكم مرارا بالتعويض عن المساس بالشرف وبالتعويض عن الالم النفسى الناشىء عن فقد عزيز [٢٣]، غير أنها في هذا النوع الاخير من الضرر الادبي، قصرت التعويض على الاشخاص الذين تربطهم بالفقيد صلة زوجية أو صلة نسب شرعى وثيقة كالزوج والاب والام والاولاد والاخوة ورفضت

(١٧) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٦٧، والأحكام القضائية المشار اليها فيه، د. حشمت أبو ستيت - نفس المكان السابق، د. عبدالمنعم الصده - المرجع والمكان السابقان، د. جميل الشرقاوى - المرجع والمكان السابقان.

(١٨) الوسيط للسنهورى - نفس المكان السابق.

(١٩) الوسيط - نفس المكان، وراجع:

(٢٠) د. عبدالحى حجازى - المرجع السابق - ص ٤٧٥.

(٢١) د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧.

(٢٢) حكم محكمة النقض في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢م، مشار اليه في سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧ هامش (٧٦).

(٢٣) نقض جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ - مجلة المحاماة ٣٢-١٣٥٤-٤٢٤.

تعويض الصديق والخليلة، بل جعلت التعويض مقصورا في حالة تعدد الاقارب الشرعيين على أقربهم درجة إلى الفقيد كالاب والام والاولاد(٢٤).

. . ويستفاد من قضاء المحاكم في هذا الشأن انها كانت تعتبر الامر في صلة طالب التعويض بعزيزه الذي أفقده اياه الفعل الضار، وفي كفايتها أو عدم كفايتها لاقامة وزن الالم الذي أصابه من فقد عزيزه، أمرا متعلقا بالواقع، ومتروكا تقديره للمحكمة بحسب ظروف كل حال، على أن المحاكم مع تسليمها بالتعويض عن الضرر الادبي، جرت في الغالب على التقتير، في تقدير التعويض المالى عنه رغبة منها في قصر هذا التعويض في حدود معقوله حتى لايكون الضرر الادبي مصدر اثراء للمضرور(٢٥).

### ٣٤٣ ـ الضرر الأدبي في التقنينات العربية الجديدة:

وقد جاءت نصوص التقنينات العربية الجديدة ترجمة لهذا الاتجاه الفقهي وتأكيدا له، فنصت على وجوب تعويض الضرر الادبي، وكان أسبقها في هذا الصدد التقنين التونسى، ثم التقنين المغربى حيث جعلا في المادتين (٨٢، ٧٧/٨٣، ٧٨) الضرر الادبي على قدم المساواة مع الضرر المادى في ايجاب التعويض، ثم تلاهما التقنين اللبناني، حيث نص في المادة (١٣٤) فقرة ثانية على أن الضرر الادبي يعتد به كما يعتد بالضرر المادى، ثم أضاف إلى ذلك في الفقرة الثالثة أن القاضى يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القربي الشرعية أو صلة الرحم(٢٦).

وقد رأى المشرع المصرى عند تنقيح القانون المدنى أن يقنن أحكام المحاكم المصرية في هذا الشأن بعد تحديد قضائها وايضاحه، فنص في صدر الفترة الاولى من المادة (٢٢٢) على أن: «يشمل التعويض الضرر الادبي أيضا. . .»، فقرر بذلك المبدأ الذي استقرت عليه المحاكم من قبل، بل وضع الضرر الادبي من حيث ايجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادى، وذلك سواء في المسئولية التقصيرية، أم في المسئولية

(٢٤) د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٨.

(٢٥) المرجع والمكان السابقان، والوسيط للسنهورى ـ جـ ١ ص ٨٦٨ والاحكام المشار اليها فيه.

(٢٦) د. سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية فى تقنينات الدول العربية القسم الأول ـ ص ١٤٧ ـ طبعة ١٩٧١م.

العقدية لان هذا النص ورد في باب آثار الالتزام بوجه عام[٢٧].

ولا يعارض هذا المعنى ما اتجه اليه التقنين العراقي حين أورد مايقابل هذا النص في المادة (٢٠٥) الواردة في باب الاعمال غير المشروعة، ومن ثم ذهب الفقه إلى أن التعويض عن الضرر الادبي يكون في المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية تأسيسا على ورود النص في باب الاعمال غير المشروعة، واتجاه الفقه وقد بنى على أساس ورود النص ضمن باب الاعمال غير المشروعة، لايمنع من وجوب التعويض عن الضرر الادبي في مجال المسئولية العقدية أيضا، إذا الاخلال بالالتزام الواجب أداؤه فيها لايمكن النظر اليه على أنه من قبيل الاعمال المشروعة[٢٨].

---

(٢٧) المرجع والمكان السابقان، وراجع: الوسيط للسنهورى - جـ ١ - ص ٦٨٢ حيث يقول: وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الادبي بوجه عام وعن الضرر الادبي في المسئولية العقدية بوجه خاص، وإذا لم يكن الان لجواز التعويض عن الضرر الادبي في المسئولية التقصيرية خصوم يعتد بهم، فان بعضا من الفقهاء لايجيز التعويض عن الضرر الادبي في المسئولية العقدية، حيث كانت تقاليد القانون الفرنسى القديم لاتجيز هذا التعويض وذلك بالمخالفة لرأى الكثرة من الفقهاء الفرنسيين الذين يرون جوازه، وفي القانون المدنى المصرى، فان نص المادة ٢٢٢ مدنى، صريح في جواز التعويض عن المسئولية العقدية والتقصيرية.

ومن أحكام المحاكم في هذا الصدد ما يقضى بالتعويض عن الاخلال بتنفيذ العقد الخاص بصورة عائلية، حكم محكمة باريس في ٢/١٢/١٨٩٧: Dalloz, 1989-2-465 وعن ذكر صاحب المسرح اسم ممثلة كبيرة في الاعلانات بحروف صغيرة تقلل من مكانتها عند الجمهور، راجع: حلمى بهجت بدوى - اصول الالتزامات - ص ٤٠٧ - طبعة ١٩٤٣م، وعن اخلال العامل بعقد العمل على نحو يؤثر في هيبة صاحب العمل لدى العمال، حكم محكمة تولوز في ١٢/٧/١٨٨٩م: Dalloz, 1891-3-29، وسان تيان في ٢٦/٤/١٩٠١م Siary, 1904-2-116.

(٢٨) في هذا المعنى: د. حسن الذنون - النظرية العامة للالتزام - جـ ١ - ص ٣١١ - فقرة ٢٦٧ - بغداد سنة ١٩٦٩م. وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للمادة ٣٠٠ والتي أبدلت بالمادة ٢٣٨، ثم المادة ٢٢٢ مدنى مصرى: يعتد في المسئولية التعاقدية بالضرر الادبي وفقا للاحكام التي تقدمت الاشارة اليها في المسئولية التقصيرية، وغنى عن البيان ان تصور الضرر الادبي أيسر في نطاق المسئولية التقصيرية منه في نطاق المسئولية التعاقدية على أن ذلك لاينفى امكان قيام المسئولية عن الضرر الادبي في الالتزامات التعاقدية، فمن ذلك مثلا امتناع الوديع عن رد ←

وقد رأى المشرع المصرى: أن اطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الادبي يجعله يشمل الضرر الادبي الذي يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلى مادى أو أدبي يقع على شخص معين، كالحزن الذي يصيب أقارب القتيل واصدقاءه ومريديه وجيرانه وغيرهم ممن يشعرون معه بصلة المودة والألفة، وانه يخشى من ذلك ان يحفز عددا كبيرا من أولئك الاقارب والاصدقاء إلى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم بسبب الاعتداء على قريبهم أو صديقهم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد ويبهظ ذلك ذمة المسئول وقد يسبب اعسارة ومزاحمة طالبى التعويض بعضهم البعض في اقتسام امواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الاقارب الاقربين اذ لايحصلون من التعويض المستحق لهم الا على النذر اليسير(٢٩).

لذلك آثر المشرع المصرى في التقنين الحالى أن يحسم الامر بنص قانونى يقصر حق طلب التعويض المالى عن الضرر الادبي المرتد على فئات معينة من أقارب المجنى عليه الاصلى. فنص في الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) ذاتها: على أنه: لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب(٣٠).

وقد نص على ذلك التقنين السورى في المادة (٢٢٣) منه، والتقنين الليبى في المادة (٢٢٥) منه وبذلك قيد المشرع المصرى والسورى والليبى المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الادبي المرتد عليه، وبين عزيزه الذي فقده، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر، ولا الحكم بالتعويض عن الالم الذي يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور مالم يكن طالب التعويض زوجا لذلك العزيز أو قريبا له من الدرجة الثانية، أى أن المشرع قصر سلسلة الاشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الالم الذي يصيبهم من موت قريب لهم على الاولاد

---

= لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة، راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية - جـ ٣ - ص ٥٦١ - ٥٦٨.

(٢٩) د. سليمان مرقس - السابق - ص١٤٨، والفعل الضار - السابق ص ١٦٠.

(٣٠) وقد صدرت أحكام محكمة النقض المصرى تطبيقا لهذا النص، راجع نقض مدنى مصرى في ٢٢/٣/١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض ١٧-٦٣٦-٨٨، ونقض مدنى في ٤/١١/١٩٧٥م مجموعة أحكام النقض ٢٦-١٣٥٩-٢٥٩.

والاحفاد والآباء والأجداد، والأمهات والجدات والاخوة والأخوات والأزواج والزوجات دون غيرهم[٣١].

٣٤٤ ـ وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للمادة (٢٢٢/ مدنى مصرى) ما يأتى: استقر الرأى في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام بعد ان زال ما خامر الاذهان من عوامل التردد في هذا الصدد، وقد عمدت بعض تقنينات قديمة كالتقنين الهولندى وغالبية ساحقة من التقنينات الحديثة إلى اقرار هذا الحكم في نصوص التشريع، وقد بلغ من أمر هذه النزعة أن أورد المشروع الفرنسي الايطالي في المادة ٨٥ أمثلة تطبيقية في هذا الشأن من ذلك ما نص عليه من أنه: يجوز للقاضى بوجه خاص أن يحكم بتعويض المضرور عما يصيبه من ضرر في جسمه أو مساس بشرفه أو سمعته أو سمعة عائلته أو حريته الشخصية أو انتهاك حرمة مسكنه أو حرمة سر يحرص عليه، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والازواج بالتعويض عما يصيبهم من ألم عند موت المضرور [٣٢]، كما أن نصوص القانون الفرنسي الحديث في عمومها واطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الادبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى [٣٣]، وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ووطده في أحكام كثيرة[٣٤]، وعلى هذا المبدأ استقرت التقنينات الحديثة[٣٥]، حتى إنه لينلدر ان

(٣١) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ فقرة ٥٧٩، د. أحمد حشمت ابو ستيت ـ السابق ـ فقرة ٤٦٨، د. سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية السابق ـ ١٤١٩، د. جمال زكى السابق ـ فقرة ٢١٥.

(٣٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٣٩١.

(٣٣) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٦٦.

(٣٤) راجع: حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٦٥/ ٦/ ١٨٣٣م. Sirey, 1833-1-458 وحكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٥/ ١٠/ ١٩٢١م. Dalloz, 1922-1-163 وفي ٢٣/ ٦/ ١٩٣٨م Gazette de palajs, 1937-1-399 وحكم محكمة ديجون الاستئنافيه في ٢٥/ ٧/ ١٩٤٦م: .Gazette de palais, 1946-2-206

(٣٥) مثل المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسرى، والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوى، والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسى الايطالى، والمادة ١٣٤ من القانون اللبنانى، والمادة ٣٤٨ مدنى يمنى، والمادة ١٦٦ من القانون البولونى، راجع: السنهورى ـ السابق ـ ص ٨٦٩ هامش (١).

نجد اليوم تشريعا يتخذ من مسألة التعويض عن الضرر الادبي موقفا سلبيا ، فباستثناء الاتحاد السوفيتي والصين نجد باقى البلاد الاشتراكية تقر التعويض عن الضرر الأدبي، بل ان بعض هذه الدول وخاصة بولونيا ويوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا تعتبر التعويض عن الضرر الادبي أمراً موافقا لمبادىء الاشتراكية(٣٦).

وقد كان هناك رأى قديم في الفقه الفرنسى يرى ان الضرر الادبي لايصلح أن يكون محلا للتعويض بحجة ان قواعد المسئولية المدنية تستلزم الموازنة بين التعويض والضرر وليس من المعقول ان يقوم الضرر الأدبي بالمال حتى تتيسر هذه الموازنة، ولكن ما ان قضت الدوائر الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الادبي عام ١٨٦٣م، حتى استقر مبدأ التعويض عنه رغم خلو القانون الفرنسى من النص عليه(٣٧).

---

(٣٦) Viney, Op. cit, P. 311.
وراجع: د. سليمان مرقس - الوافى - الفعل الضار - ص ١٥٧ - هامش ٧٥.

(٣٧) د. محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر فقرة ٢٤٢ - ص ٤٦٥، والاستاذ مصطفى مرعى - المسئوية المدنية فقرة ١٢٤، والاستاذ حسين عامر - المسئولية المدنية- فقرة ٢٣٩، د. محمد حسين الشامى - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - فقر ٢٥٢.

# الفصل الثاني
# ضمان الضرر الأدبي في الفقــه الاسلامــي

٣٤٥ ــ مسمى الضرر الأدبي كما سبق القــول لم يكن معـروفـا لدى الفقهـاء القـدامى، وانـما برز مسماه في ساحة الدراسات الفقهية المقارنة، بعد استحداثة في التشريعات الوضعية، منذ أن أقر مضمونه في التشريع والفقة والقضاء، وأصبح وجوده ضرورة أملتهـا ظروف الحياة بعد تقدم المخترعات، وما استلزم ذلك من تغير أنماط الحياة، ونظام سلوكيات الناس فيها على نحو يجعل التعدى على الحقوق الأدبية التي يجب أن يتمتع بها الانسان في جسده وحياته وشرفه واعتباره، وعواطفه، أمرا واردا، بل ان شئت فقل أنه كثير الورود، وقد أدى ذلك بالضرورة وفي ظل البحث عن بدائل شرعية تحكم ما استجـد في حياة النـاس من سلوكيات تستوجب الضمان، وتستلزم التعـويض، أن يعـود المشتغلون بالدراسات الفقهية، والمعنيون بالبحث إلى مصادر التشريع الاسلامي، بغية الوقوف على أصل يمكن أن تقوم عليه المسئولية عما يحدثه المسئـول من ضرر أدبي، وإلى ما تركـه الفقهـاء في كتبهم من أقوال، وما أوردوه في مصنفـاتهم الفقهية من أحكـام متعـددة لكثـير من الحـوادث الجزئية التي وقعت في مجتمعاتهم وهي كما يقول أحد المعاصرين من الفقهاء: تشبه حوادث العصر الحالى، لان طبائع الناس متشابهة غالبا، وصنوف الأذى والاعتداءات الصادرة منهم متقاربة، والباعث عليها، والهدف منها معروف، والممتلكات المتداولة واحدة في الماضى والحاضر تقـريبـا، فهى اما عقارات وأراض وأبنية، وأشجار وثمار أو منقولات وسلع تجارية، وأمتعـة شخصية ووسـائـل ركـوب، وأدوات انتاج زراعى أو صناعى وأوراق نقدية ووسائل ثقافية، وأدوات معرفة ونحو ذلك(١).

ثم يقول: الا أن طريقة فقهائنا في سرد الاحكام كانت كما أثر عنهم تتمثل في سرد

(١) د. وهبه الزحيلي ـ التعويض عن الضرر ـ منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي ـ كلية الشريعة ـ جامعة الملك عبدالعزيز ـ العدد الاول سنة ١٣٩٩هـ ـ ص ٩.

الاحكام على نحو يستبين فيها الحكم الفقهى لكل مسألة على حدة، لاعلى أساس نظريات عامة مصوغة، أو مبادىء كلية مقررة باستثناء القواعد الفقهية، الا ان هذا المنهج لايمنع من التوصل إلى صياغة نظريات فقهية مما يلاحظ القارىء الفقيه من التزام المجتهدين بأصول عامه ثابتة في أذانهم، وقد يصرحون بها في أثناء تعليلاتهم للاحكام(٢).

٣٤٦ ــ وعلى هذا النحو يمكن للفقهاء المعاصرين، بحث ما يستجد من قضايا ومنها موضوع الضرر الادبي، ومدى امكان التعويض عنه، في شكل مبادىء عامة، لتسهيل الامر على طالب العلم، وعلى قاض يود اصدار الحكم القضائي في نزاع مالى أو جسدى أو أدبى، ولكى يعرف المرء سلفا حكم ما يقع منه من حوادث، فتعلو كلمة الحق والعدل، وتجبر آثار الاعتداءات، ويحافظ على الانفس والاعراض، والشرف، كما يحافظ على الكيانات المالية والمستحقات النقدية(٣).

.. ومن هذا المنطلق، نظر بعض الفقهاء المعاصرين، في موضوع المسئولية عن الضرر الأدبي، على ضوء مصادر التشريع الاسلامي، وأثار الصحابة، وفقه قدامى الفقهاء في القضايا، المشابهة للضرر الادبي في وقتنا المعاصر، ومن خلال استقراء أقوال الفقهاء في مدى امكان التعويض عن الضرر الأدبي، يمكن ارجاعها إلى قولين:

٣٤٧ ــ *أولها:* لجمهور الفقهاء، وصل قولهم: إن الضرر الأدبي كالضرر المالي ينطوى على اعتداء على حق، ويمثل فوات مصلحة للمعتدى عليه ويجب لذلك تقرير الضمان له، ويقوم هذا الرأى على سند قوى من مصادر التشريع الاسلامي، وأقوال الفقهاء على نحو ماسنرى(٤).

---

(٢) المرجع السابق ـ ص ١٠.

(٣) في هذا المعنى: المرجع السابق ـ نفس المكان.

(٤) من هذا الرأى: د. فوزى فيض الله ـ في رسالته السابقة ـ ص ١٤٤: حيث يقول بعد أن سرد الحجج التي تقوى ما ذهب اليه: بناء على ذلك وفي زماننا هذا يكون التعزير بأخذ المال كما يعبر الفقهاء، وبفرض الغرامة كما يعبر القانونيين في الاضرار الادبية التي تمس شرف الاخرين وعقائدهم، وكرامتهم امضى في العقاب، بل يكون أمرا طرديا مع تسلط المادة وسيطرتها، ثم يقول: ولعل من الاحسن أن يقال: ان في هذه الاضرار الادبية يجتمع حقان: حق الله في نظافة المجتمع وطهارته، وحق العبد في الكف عن ايذاء شعوره، فليكن حق الله =

٣٤٨ ـ *ثانيها:* لبعض الفقهاء، وحاصل قولهم: إن الضرر الادبي لايستأهل الضمان ولايستوجب التعويض، وان في الاحكام التي قررتها الشريعة الاسلامية، لما يقع من الفعل الضار سواء كان على النفس أو العرض او الشرف ما يكفي لجبر الضرر ورد الاعتداء، ومن هذا الرأى الدكتور مصطفى الزرقا حيث يقول: خلاصة القول أننا لانرى مبررا استصلاحيا لمعالجة الاضرار الادبي بالتعويض المالى ما دامت الشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواجر التعزيرية، ولم نر في الاستدلال عليه من الشريعة حجة مقنعة على تبدل في أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيرا غير ذى جدوى، بل الأمر بالعكس، فان قبول مبدأ التعويض المالى عن الاضرار الادبية له محذور واضح، هو ان مقدار التعويض اعتباطى محض، لاينضبط بضابط، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعى بين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا، وكثيرا ما نسمع فتدهش في اخبار الدعاوى والاقضية الاجنبية أرقاما بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية في منتهى التفاهة[٥].

وقد يكون من أنصار هذا الرأى أيضا، الشيخ على الخفيف، حيث يقول في كتابة الضمان في الفقه الاسلامي: وعلى أساس هذا النظر اعتبر ما يدفع من المال عند التلف تعويضا عن المال المفقود، ووجب أن يكون التعويض في الضرر المالي الذي يتمثل في

---

= بالعقاب، وليكن حق العبد بالتعويض، وليتخذ منهما الحاكم الابلغ في الاثر. وراجع: د. وهبه الزحيلى: السابق ص ١٢، د. محمد حسين الشامي ـ السابق ـ ص ٥١٦، فقرة ٢٥٤.

(٥) الفعل الضار ـ ص ١٢٤، وله أقوال أخرى في الرد على أدلة المجوزين سنعرض لها في حينها، ومن هذا الرأى أيضا: محمد فاروق العكام ـ الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي ـ ص ٢٤١، ود. مقدم السيد ـ التعويض عن الضرر المعنوى في المسئولية المدنية ـ دراسة مقارنة ـ ص ٧٧ ـ الطبعة الاولى ١٩٨٥ـ دار الحداثة ببيروت، د. محمد ابراهيم دسوقي ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ ص ٧٠ ـ مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر، د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ـ المسئولية المدنية بين الطلاق والتقييد ـ ص ١٤٧ ـ دار النهضة العربية حيث يقول: ويتقرر الضمان في الفقه الاسلامي عن الضرر أو المفسدة التي تلحق بالاخرين بشرط أن يكون هذا الضرر ماديا وليس أدبيا، د. سليمان محمد أحمد السابق ـ ص ٢٢٠، حيث يقول: ولا بد لوجوب الضمان ان يكون هناك ضرر، لان التعويض لايكون الا عن ضرر مالى واقع فعلا، وصبحى المحمصانى ـ النظرية العامة للموجبات والعقود ـ ص ١٦٩ وما بعدها ـ طبعة ١٩٤٨م.

فقد مال، لا في ضرر غير مالي، وعلى هذا لم يجب التعويض في الضرر الأدبي ولا في فقد مال كان موجودا، اذ لايمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين(٦).

**٣٤٩ ــ اتجاهات المانعين للتعويض عن الضرر الأدبي:**

ويفهم مما كتبه اصحاب القول الثاني، أنهم قد اتجهوا في بناء رأيهم إلى غايات يمكن ردها من خلال ما نقل عنهم إلى اتجاهين:

**٣٥٠ ــ الاتجاه الأول:** يرى أن الشريعة الاسلامية لم تترك فعلا من الأفعال التي تستوجب الضمان الا وقررت له العقوبة الملائمة له والتي تليق بدرء آثاره وتلافى اخطاره، ومسح آلامه من نفس المضرور، يستوى في ذلك أن يكون الضمان حدا أو قصاصا أو تعـزيرا، وإذا تأملنـا الافعـال الموجبة للضمان لوجدنا انها لاتخرج عما قررته الشريعة الاسلامية من أحكام تتعلق بضمانها ومنها هذا النوع من الضرر، الذي يسمى باضرر الادبي، وفي هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقا: لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للاضرار الادبي وان حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الاسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجته الاضرار الادبي، انما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، اذ لاتعد الشريعة شرف الانسان وسمعته مالا متقوما يعـوض بمال آخر إذا اعتدى عليه(٧)، ثم يقول: نحن لانرى مبررا لمعالجة الاضرار

(٦) الضمان في الفقه الاسلامي ـ للشيخ على الخفيف ـ ص ٢١٣، وقارن: د. وهبه الزحيلي ـ في كتابه نظرية الضمان ـ ص ٩٦، حيث يقول: واما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة غير المؤكدة (أى المستقبله) أو الاضرار الادبية او المعنوية، فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهى، لان محل التعويض هو المال المحقق فعلا والمتقوم شرعا، والضرر الادبي غير متقوم شرعا، لكن يمكن ان نجـد مستنـدا لتعويض تلك الاضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لانص فيه عملا بمبدأ السياسة الشرعية لاحقاق الحق وإقرار العدل. ودفع الحرج والمشقة، وراجع: مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ للدكتور عبدالرزاق السنهورى ـ جـ ٦ ـ ص ١٦٨ ـ دار احياء التراث العربي لبنان، وهو لايرى التعويض عن الضرر الادبي في الفقه الاسلامي، حيث ذكر انه يشترط في الضمان أن يكون مالا متقوما في ذاته وان توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه، د. سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ـ القسم الاول ـ ص ١٤٣ ـ طبعة ١٩٧١م ـ معهد البحوث والدراسات العربية.

(٧) د. مصطفى الزرقا ـ الفعل الضار ـ ص ١٢٤.

الادبي بالتعويض المالى ما دامت الشريعة قد فتحت مجالا لقمعه بالزواجر التعزيرية، فالاضرار الادبية التي تصيب الشخص في شعوره وعاطفته، لاتكون موجبة للضمان، اكتفاء بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على حده، مثل حد القذف، أو التعزير في الاعتداءات التي لاحد لها(٨).

**٣٥١ ـ تقييم هذا الاتجاه:**

وهذا الاتجاه وان كان مبعثه الثقة في أحكام التشريع الاسلامي وقدرة ما حوته كتبه على حكم كل تصرف، وضمان كل فعل، بما لايحتاج إلى القول بتقرير ضمان جديد عن الاضرار الأدبية، وهذا باعث طيب وشعور حميد، الا أنه لم يقدم لنا تأصيلا شرعيا لكثير من الاحكام الفقهية، التي تقررت بصدد أمور لايمكن تخريجها الا على أساس انها بمثابة التعويض عن ضرر أدبي، اذ ان سببها فعل ضار بغير المال، والتعويض فيها مقابل لهذا الضرر الأدبي غير المالي، ومن أمثلة ذلك ما ذكره السرخسي في المبسوط: عن الامام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر، تجب فيها حكومة العدل بقدر مالحق المجروح من الالم، وحكومة العدل هى تقدير الخبراء(٩).

وما ذكره ابن قدامه في المغنى: ان قطع حلمتى الثديين عند مالك والثورى توجب ديتهما ان ذهب اللبن، والا وجبت حكومة بقدر شينه(١٠)، أى بقدر العيب الجسدى الذي أصاب المرأة.

وما ذكرة الحصكفي في الدر المختار: أنه لو ضربه أسواطا، ولم يكن لها أثر لاشيء

---

(٨) المرجع والمكان السابقان، وله في نفس المعنى: المدخل الفقهى ـ رقم ٥٨٦، د. صبحى محمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة ـ ص ١٦٩ وما بعدها ـ طبع ١٩٤٨م.

(٩) السرخسي ـ المبسوط ـ جـ ٢٦ ـ ص ٨١، وبدائع الصنائع للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٣١٦ وما بعدها.

(١٠) المغني لابن قدامة ـ جـ ٩ ـ ص ٦٢٣، وما بعدها، والقواعد لابن رجب ـ ص ٣١٣، وفيها: ان الجارية إذا هزلت عند الغاصب يضمن نقصها.

في ذلك، أى ليس فيها أرش مالى، أما العقوبة فواجبة حتما[١١]، وقال أبو يوسف: عليه ارش الألم[١٢]، وهو حكومة عدل.

ويقول الشيخ زكريا الأنصارى من فقهاء الشافعية: لو جرحه وبرىء، ولم ينقص أصلا أنه يعزر فقط، الحاقا للجرح باللطم والضرب للضرورة، وقيل يفرض القاضى شيئا باجتهاده ورجحه البلقيني[١٣]. وقد ذكر الشيخ الشرقاوى في حاشيته أن القول بجواز التعزير بالمال هو قول الحنفية.

وقد جاء في رسائل ابن نجيم: وفي الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير بأخذ المال ان رأى القاضى ذلك، أو الوالى جائر، ومن جملة ذلك رجل لايحضر الجماعة، يجوز تعزيره بأخذ المال[١٤].

كما جاء في المنتزع المختار: والحكومة على ما رآه الحاكم ولطمة العبد من سيده تعتقه[١٥].

---

(١١) ويرى بعض الفقهاء منهم ابن تيمية وابن القيم: ان في اللطمة والسوط والضرب باليد القصاص، وهو المأثور عن الخلفاء وغيرهم من الصحابة والتابعين، وهو نص أحمد وغيره من الفقهاء وبذلك جاءت سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وقالت طائفة لاقصاص في ذلك، وانما فيه التعزير، والقول بالقصاص هو الصواب، راجع: حاشية ابن قاسم على الروض المربع - جـ ٧ - ص ٢٢١ وما بعدها، والدر المختار - جـ ٥ - ص ٥٧٦ وما بعدها.

(١٢) الشيخ زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي عليه - جـ ٤ - ص ١٦١ المطبعة الاميرية ببولاق، ونهاية المحتاج للرملي، وقد جاء فيه: لو تألم بضربه (أى المضرور) ثم زال الالم أوجب القاضى فيه شيئا باجتهاده.

(١٣) حاشية الشرقاوى على التحرير - جـ ٢ - ص ٤٤٨.

(١٤) مجموعة رسائل ابن نجيم - ملحقة بحاشية الحموى على الأشباه - الرسالة ١٣ في اقامة القاضى التعزير على المفسد من غير توقف على مدى - ص ٤٧.

(١٥) العلامة ابن مفتاح - المنتزع المختار من الغيث المدرار - جـ ٢ - ص ٤٤٩ مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠هـ، وراجع: البحر الزخار - جـ ٥ - ص ٢٨٠ حيث يقول: وفي الالم حكومة وفي الايلام، ويقول في ص ٢٨٢: ولا شيء في قطع طرف الشعر اذ لايؤثر في الجمال، فان أثر بأن أخذ النصف فما فوق، فحكومة لما فيه من الزينة. والاحكام السلطانية - للماوردى - ص ٢٦٨ - المكتبة التوفيقية حيث يقول: لايجوز لولى الامر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب، وقال صاحب معين الحكام - الطرابلسي - ص ١٩٥: والتعزير لايختص بفعل معين، ويجوز التعزير بأخذ المال.

٣٥٢ ـ *أقول:* هذه الأقوال وغيرها كثير يدل على أن تعويض الضرر الأدبي أمر واقع ادركه الفقهاء وعبروا عن معناه، وان كانوا لم يصيبوا المسمى، ولعل الذين يعارضون في قيام التعويض عن الضرر الادبي قد عبروا عن ذلك دون أن يدركوا أنهم يقررون هذا المعنى، يقول الاستاذ الزرقا: والامثلة الفقهية جميعا التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضر الادبي، ليست من الضرر الادبي في شيء، فالألم والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر، كلها أضرار مادية لانزاع في جواز التعويض المالى عنها[١٦]، فهو يسلم بجواز التعويض عنها ولكنه يسميها اضرارا مادية، فكأن رأية قد بنى على خلاف في لفظ لم يغير من الحكم عنده شيئا، ثم أن أصحاب هذه الوجهة أيضا لم يقدموا ردا على ما استدل به أصحاب القول الاول الذين يرون جواز التعويض عن الضرر الأدبي، وهى أدلة من سنة النبي صلى الله عليه وسلم وآثار صحابته، ويترجح لمن ينظر فيها، ان يرى جواز ذلك على نحو ماسنرى.

٣٥٣ ـ *الاتجاه الثاني:* وهو ينطوى على سوء فهم واضح للتشريع الاسلامي، وقصور بين في فهم أحكامه، يدرك ذلك من يطالع ما كتبه أصحاب هذا الاتجاه تعليلا لما انتهوا اليه من اقتناع بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي في التشريع الاسلامي، حيث ذهب أحدهم إلى القول بأن فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الاسلامية فكرة ضيقة، فلم تعرف الشريعة الاسلامية فكرة التعويض عن الضرر الأدبي[١٧]، وقال آخر: لقد قصر جمهور الفقهاء الضمان على الأضرار المادية المالية والجسمانية أما ما عداها من صور الأذى التي لايفوت بها مال، ولايكون لها أثر باد في الجسم فلا ضمان فيها[١٨].

---

(١٦) مصطفى الزرقا ـ الفعل الضار ـ ص ١٢٣.

(١٧) د. مقدم السيد ـ التعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية المدنية ـ ص ٧٧.

(١٨) د. محمد فاروق العكام ـ الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي ـ ص ٢٤١، وربما يكون قد نقل هذا التعبير عن الدكتور السنهورى من مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ جـ ٦ ـ ص ١٦٨.

وراجع: د. محمد ابراهيم دسوقي ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ نفس المكان السابق.

**٣٥٤ ـ تقييم هذا الاتجاه:**

ويبدو من خلال النظر فيما عبر به أصحاب هذا الاتجاه عن رأيهم، انه ينطوي على سوء فهم واضح لطبيعة التشريع الاسلامي، وقصور في فهم أحكامه، حيث أن أصحابه قد بنوا رأيهم على ما ذكره ابن قدامة في المغنى حيث يقول: وان لطمه على وجهه، فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لانه لم ينقص به جمال ولامنفعة(١٩)، وبما ذكره بعض فقهاء الحنفية من انه: لو ضرب رجل انسانا ضربا موجعا لايضمن شيئا(٢٠).

. . والواقع ان هذه النقول وردت في مواقعها من تلك المصادر في سياق الكلام عن الجنايات التي فيها ارش مقدر، أما الجنايات التي ليس لها أرش مقدر، فالقاعدة التي تحكمها: ان كل ماليس له ارش مقدر ففيه حكومة، يقول ابن قدامة: وما لم يكن من الجراح توقيت، ولم يكن له نظير فيه ارش مقدر، ففيه حكومة(٢١)، وقد جاء في الكافي: وان لم يحصل بالجناية نقص في جمال، ولانفع، مثل قطع اصبع زائدة أو قلع سن زائدة أو لحية امرأة فاندمل الموضع من غير نقص أو زاده جمالا وقيمة ففيه وجهان: أحدهما: لايجب شيئا، لانه لم يحصل بفعله نقص، فلم يجب شيء كما لو لكم فلم يؤثر، والثاني: يجب ضمانه، لانه جزء من مضمون، فوجب ضمانه كغيره، فعلى هذا يقومه في أقرب أحواله إلى الإندمال، لانه لما سقط اعتباره بعد اندماله قوم في أقرب أحواله اليه كولد المغرور يقوم في أول حال يمكن فيه التقويم بعد العلوق. وهي عند الوضع، فان لم ينقص في تلك الحالة قوم حين جريان الدم، وان قلع سنا زائدة قوم وليس خلفها سن أصلية، وان قلع لحية امرأة قومت كرجل لالحية له، ثم يقوم وله لحية ويجب ما بينهما(٢٢)، فهل يفهم من قول ابن قدامة هذا انه لايقول بعدم ضمان ماليس فيه ارش مقدر، وهو الذي يفصل القول في كيفية ضمانه وتقديره إلى هذا الحد؟، إن هذا الا تقول على الرجل ينم عن سوء فهم لما قال وقصور في ادراك ما ذكره الفقهاء.

---

**(١٩) المغني لابن قدامة ـ جـ ٩ ـ ص ٦١٥.**

**(٢٠) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٣١٦ وما بعدها، وقد جاء فيه: ان ذلك هو قول أبي حنيفة، أما ابو يوسف فقال: تجب حكومة عن الالم، وقال محمد تجب اجرة الطبيب، وهذا يعني ان الضرر الذي ليس فيه ارش مقدر يجب ضمانه بالتعويض عنه.**

**(٢١) المغني لابن قدامة ـ جـ ٩ ـ ص ٦٥٩.**

**(٢٢) الكافي ـ لابن قدامة ـ جـ ٤ ـ ص ٩٥.**

وقد ذكر الكاساني في البدائع: الاصل ان ما لاقصاص فيه من الجنايات وليس له ارش مقدر. ففيه الحكومة، لان الاصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن، ومعنى حكومة العدل تقدير القاضي[٢٣].

وبهذا يظهر أن أصحاب هذا الاتجاه قد كشفوا بتعليلهم لما ذهبوا اليه عن سوء فهمهم للتشريع الاسلامي وقصور نظرتهم لاحكامه، وتعجلهم في رمي أحكامه بالضيق والقصور عن ضمان الضرر الأدبي[٢٤]، والقول بعدم جوازه، وهو قول مرجوح كما سنرى، بقى أن نبين أدلة المجوزين والمانعين لضمان الضر الادبي مع المناقشة وبيان الرأى الراجح، وذلك في مبحثين على النحو التالي.

(٢٣) الكاساني - بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٣٢٣، وفي مثل هذا المعنى: نهاية المحتاج للرملي - جـ ٧ - ص ٣٤٦، والقواعد لابن رجب - ص ٣١٣، ومغنى المحتاج - جـ ٤ - ص ٧٧ والشرح الكبير - للدردير - - جـ ٤ - ص ٣٧١، والقوانين الفقهية - لابن جزى - ص ٣٥٤، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٥ - ص ٤١٢.

(٢٤) راجع: في هذا المعنى: د. محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - ص ٥١٦.

## ( المبحث الأول )
## أدلة القائلين بمشروعية ضمان الضرر الأدبي

٣٥٥ ـ استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر الادبي، بالسنة النبوية وأثار الصحـابة، والاجماع، والمعقول، كما يمكن أن يستدل لهم من القرآن الكريم أيضا وذلك على النحو التالي:

***أولا: أدلتهم من القرآن الكريم:***

قال الله تعالى: ﴿وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ (١)، وقال تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ (٢)، وقال تعالى: ﴿فمن أعتدى عليكم فاعتدوا عليـه بمثـل مـا اعتـدى عليكـم﴾(٣).

**٣٥٦ ـ ووجه الدلالة في الآيات الكريمة:**

ان الله تبارك وتعالى قد أوجب المماثلة في العقاب، والمماثلة في العقاب تعنى ان يفعل بالجانى مثل مافعل من غير حيف أو زيادة، ذلك ما يقتضيه عدل الله وتحتمه أحكام شرعه عقابا للمجرمين، وردعا للمعتدين، وتحقق المماثلة في كل صور العقاب أمر غير وارد شرعـا، ذلك ان المماثلة انما تشترط فيما يمكن فيه المماثلة من التعويضات المالية والقصاص والجروح، ونحو ذلك مما يمكن مراعاة المثلية فيه، أما حين تتعذر المماثلة(٤)، فان بدلها هو الارش وحكومة العدل، والا فان جانب الردع سيختل، وسيفلت عدد كبير من المجرمين من العقاب وهذا أمر غير مقصود شرعا، اذ مقصود الشرع أن ينال الجاني عقابه، ولهذا أوجب الشارع الدية وجعلها جبرا عن النفس مع أنها ليست من

---

(١) سورة النحل ـ آية ١٢٦.

(٢) سورة الشورى ـ آية ٤٠.

(٣) سورة البقرة ـ آية ١٩٤.

(٤) تعذر المماثلة قد يكون لمانع شرعى، كما لو قتله بما لايحل لعينه، مثل ان لاط به فقتله أو جرعه خمرا أو سحره، لم يقتل بمثله اتفاقا ويعدل إلى القتل بالسيف، وقد يكون لمانع عادى، كما لو جرحه دون الموضحة أو ضربة جائفة مما لايمكن ان تتحقق فيه المماثلة، راجع: المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٦٧٧.

جنسها، ولا من جنس أعضائها(٥)، تحقيقا لهذا المعنى ومن ثم كان ايجاب المماثلة في عقاب المجرمين الوارد في الايات الكريمة غير مانع من ايجاب تقدير الارش وحكومة العدل في حالة عدم امكان المماثلة، لانه سيصير بدلا عنها، والبدل عن الواجب يكون له حكمه لئلا يفلت الفعل عن ضمان. ولهذا نظير في ضمان المال، اذ حين لاتفيد المماثلة فيه يعدل عنها، ومن أمثلة ذلك صور الاتلافات المالية نفسها، اذ ليس من الحكمة اتلاف مال المتلف نظير ما اتلفه من مال المتلف عليه، والالتفاقم الضرر، بل الحكمة تكون بأخذ مال المتلف واعطائه للمتلف عليه، ومن غير المقبول أبدا أن تمس كرامة المسيىء بمثل ما مست به كرامة غيره، والا كان في ذلك اشاعة للفاحشة بين الناس وتثبيتا لمعناها في نفوسهم، وانما المفيد عقاب المسيء بما يردعه ويزجر غيره(٦).

وفي هذا المعنى يقول الشيخ على الخفيف: لقد عرفنا ان ضمان المال الذي يدفع لمن أصابه ضرر في ماله، انما يقوم في الشريعة على فكرة التعويض، وازالة ذلك الضرر، برد الأمر إلى ماكان عليه قبل حدوثه، وذلك لايتحقق الا في الضرر المالي الذي يتمثل في فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الامر إلى ماكان عليه قبل الفقد، ولذا لم ير فقهاء الاسلام محلا للضمان المالي، أو التعويض بالمال عن ضرر لايرتفع بدفع المال، وهذا في كل حال لايترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم، ومن ثم لم يروا التعويض في الاضرار الادبية، ولا في الضرر بفقد الامل في مال متوقع حدوثه، اذ ليس في دفع المال فيها اعادة الامر إلى ما كان عليه. وعلى ذلك فماذا يكون وضع الديات والاروش، بالنظر إلى هذا الاساس، وليست الا أموالا تدفع فيما لايعد مالا، أو فيما لايقوم بالمال، وذلك لعدم تقوم نفوس الاحرار وابدانهم، وعدم اعتبارها من الاموال(٧)، وبناء على ذلك يقوم التساؤل عن الاساس الذي بنى عليه الشارع الاسلامي شريعة الديات والاروش، وفي تقديره الديات والاروش بخاصة إذا روعى ما يدل عليه قوله تعالى: **﴿فمن اعتدى عليكن فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم(٨)﴾**، وقوله تعالى: **﴿وجزاء سيئة**

---

(٥) العز بن عبدالسلام - قواعد الاحكام - جـ ١ - ص ١٧٤.

(٦) د. محمد فوزى فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - ص ١٤٢.

(٧) الضمان في الفقه الاسلامي - جـ ٢ - الكفالة والديات - ص ١٥٩، وما بعدها - معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣م.

(٨) سورة البقرة - آية ١٩٤.

سيئـة مثلها، فمن عفى وأصلح فأجره على الله﴾[٩]، وقوله تعالى: ﴿والذين كسبوا السيئـات جزاء سيئـة بمثلها﴾[١٠]، وما توجبه هذه الآيات من التساوى بين السيئة وجزائها هو الاصل الذي بنيت عليه شريعة القصاص التي أوجبها قوله تعالى: ﴿ياأيها الـذين آمنـوا كتب عليكم القصـاص في القتـلى، الحـر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى﴾[١١]، وقـوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾[١٢]، وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو[١٣].

ثم يقول: الذي يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء، لاتصلح في جميع الاحوال، لانها ان صلحت في بعض احوال العمد، لاتصلح في بعض حالات أخرى من حالاته لاتتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم امكانها، كما لاتصلح للسبب نفسه في أحوال الخطأ، اذ لم يقصد الفاعل فيها احداث ما وقع من الضرر، وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مسئولا عنه من احدثه، ومن الظلم في هذه الاحوال ان يفعل به مالم يرد أن يصيب به غيره، أو مثل ما صدر منه على غير ارادته واختياره[١٤].

ومن أجل ذلك عدل في هذه الاحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص، غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك اعفاء الجاني فيها من المسئولية وكان من الواجب أن يصان دم الانسان من الهدر، وان يضمن الفاعل ما به تخف الام المجنى عليه أو ضرره، ويذهب عنـه بقـدر الامكان غيظ القلوب وحقد النفـوس، وللمال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف في تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور، لما يؤدي اليه من أذى لدافعه ينقص ماله، ومنفعة لمن دفعه اليه يطيب بها عيشه، ويجد فيها معونة على الحياة ومطالبها، فكان ذلك أساس شرع الديات والاروش

(٩) سورة الشورى - آية ٤٠.
(١٠) سورة يونس - آية ٢٧.
(١١) سورة البقرة - آية ١٧٨.
(١٢) سورة المائدة - آية ٤٥.
(١٣) الشيخ على الخفيف - المرجع - المرجع نفسه - ص ١٦٠.
(١٤) المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

فضلا عما قد يترتب عليه من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى غيره[١٥].

***ثانيا: أدلتهم من السنة النبوية:***

١ – ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لاضرر ولا ضرار[١٦].

**٣٥٧ – ووجه الدلالة في هذا الحديث:**

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد نفى الضرر والضرار، والضرر ضد النفع، قال ضره يضره ضرا وضرار، وأضر به يضر اضرار، ومعناه: لايضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه[١٧]. وقد قال بعض المحققين في بيان معنى الضرار والضرر: ان الضرار فعال من الضر، أى لايجازيه باضراره، بادخال الضر عليه، فالضر ابتداء الفعل، والضرر هو الجزاء عليه، ويبدو أن هذه القول مردود بقول الله تعالى: ﴿ولمن انتصر من بعد ظلمه﴾[١٨]، وقوله عز من قائل: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾[١٩]، ولذلك قيل: ان الضر هو ما تضر به صاحبك، وتنتفع أنت به، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع، وقيل: هما بمعنى واحد والتكرار فيهما للتأكيد[٢٠].

وقد دل الحديث على تحريم الضرر لانه إذا نفى ذاته، دل على النهى عنه، لان النهى لطلب الكف عن الفعل، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل، فاستعمل اللازم في الملزوم[٢١].

---

(١٥) المرجع نفسه ـ ص ١٦١.

(١٦) رواه أحمد وابن ماجه، وله من حديث أبي سعيد مثله، وهو في الموطأ مرسل. راجع موطأ الامام مالك ـ ص ٦٣٨، وأخرجه ابن ماجة أيضا والبيهقي من حديث عبادة بن الصامت وأخرجه مالك بن عمر بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا بزيادة من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه، وأخرجه بها الدار قطني والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد مرفوعا، وأخرجه عبدالرزاق وأحمد بن ابن عباس أيضا. راجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ١١٨، مطبعة جامعة الامام محمد بن سعود اسلامية، ونيل الاوطار ـ للشوكاني ـ جـ ٥ ـ ص ٢٦٠.

(١٧) سبل السلام للصنعاني ـ المكان السابق.

(١٨) سورة الشورى ـ الاية ٤١.

(١٩) سورة الشورى ـ الاية ٤٠.

(٢٠) سبل السلام ـ المكان السابق نفسه.

(٢١) سبل السلام ـ المكان نفسه.

.. وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا الا ما دل الشرع على اباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة. وذلك مثل اقامة الحدود وغيرها، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة، وقد جاء النفي الذي يفيد النهى والتحريم في الحديث عاما، ليشمل تحريم كل صور الضرر وأنواعه [٢٢]، ولما كان الضرر الادبي أحد انواع الضرر المنهى عنه، فانه يدخل في نطاق التحريم الذي دل عليه هذا الحديث، وإذا كان محرما كان واجب الضمان كغيره من الاضرار المحرمة التي تعاضدت أدلة الشرع في جواز التعويض عنها، ويكون الحديث دالا، ضمن ما يدل عليه على جواز التعويض عن الضرر الادبي لذلك [٢٣].

٢ ـ وبما أخرجه الامام مسلم من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه [٢٤].

### ٣٥٨ ـ ووجه الدلالة في هذا الحديث:

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد حرم على المسلم عرض أخيه المسلم، والعرض هو موطن الشرف في الانسان أو ما به قوام شرفه واعتباره، مما يتعلق بكيانه الادبي، يدل على ذلك ما ذكره علماء اللغة من أن العرض هو جانب الرجل الذي يصونه من نفسه وحسبه ان ينتقص أو يثلب، وسواء كان في نفسه أو سلفه، أو من يلزمه أمره، أو موضع المدح والذم منه، أو ما يفتخر به من حسب وشرف، وقد يراد به الآباء والاجداد والخليقة المحمودة [٢٥].

---

(٢٢) في هذا المعنى: المرجع السابق ـ ص ١١٩.

(٢٣) وقد احتجت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ـ ص ٣٠٠، للتعويض المالى عن الضرر الادبي بأن السند في هذا الباب حديث: لاضرر ولا ضرار، وهو نص عام، فقصره على الضرر المادى دون الضرر الادبي تخصيص بغير مخصص وهو لايجوز ـ مشار اليه بالفعل الضار ـ للاستاذ مصطفى الزرقا ـ ص ١٢٥.

(٢٤) الحافظ المنذرى ـ مختصر صحيح مسلم ـ جـ ٢ ـ ص ٢٣٣ رقم ١٧٧٥ ـ تحقيق الشيخ الألبانى، كما أخرجه أبو داود في سننه ـ جـ ٢ ـ ص ٥٦٨ ـ الطبعة الاولى ١٣٧١هـ ـ مصطفى البابي الحلبي.

(٢٥) القاموس المحيط ـ جـ ٢ ـ ص ٣٤٧. ومنه فلان نقى العرض، أى برىء من ان يشتم أو يعاب، وقيل عرض الرجل: حسبه، راجع: مختار الصحاح ـ ص ٤٢٦.

وقد جاء تحريم العرض في الحديث الشريف معطوفا على أمرين لايخالف فقيه على تقرير مبدأ الضمان فيهما اجمالا، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما عطف عليه، في الضمان، وإذا كان معنى العرض يغلب في جانب الحق الادبي، يكون الحديث دالا على جواز الضمان في حالة التعدى عليه(٢٦).

٣ ــ وبما رواه أبو بكرة نقيع بن الحارث رضى الله عنه، ان النبي صلى الله عليه وسلم، قد خطب من الناس يوم النحر في حجة الوداع وقال: ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا(٢٧).

**٣٥٩ ــ ووجه الدلالة في هذا الحديث:**

انـه قد دل على نفس المعنى الذي دل عليه الحديث السابق، حيث جاء تحريم العـرض معطوفا على تحريم النفس والمال، فدل ذلك على أن للعرض حكمهما وهو وجوب الضمان، ولما كان التعدى على العرض يغلب عليه جانب الضرر الادبي، يكون الحديث دالا على ضمانه.

٤ ــ وبما روى عن عائشة رضى الله عنها: ان النبي صلى الله عليه وسلم، بعث أباجهم جامعا للصدقات فلاحاه رجل في صدقته، فضربه أبوجهم فشجه، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم، فقالوا: القصاص يا رسول الله، فقال صلى الله عليه وسلم: لكم كذا وكذا يعنى من المال، فلم يرضوا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لكم كذاوكذا فرضوا(٢٨).

**٣٦٠ ــ ووجه الدلالة في هذا الحديث:**

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد قدر للفعل الضار الواقع من أبى جهم ضمان ماليا

(٢٦) راجع في هذا المعنى: مصطفى الزرقا ـ الفعل الضار، حيث يقول: وفي هذا الحديث كذلك تقريـر لاعتبار الاضرار الادبي من المحرمات الكبيرة الاثم، ويستفاد هذا من عدم الشتم والقذف مثل التعدى على النفس والحقوق كسفك الدم وأكل المال وهذا يؤكد ان الضرر الأدبي يوجب تدبيرا زجريا يزيله ويمحو أثره ص ٢١ وما بعدها من المرجع المشار اليه.

(٢٧) متفق عليه، راجع: رياض الصالحين ـ للنووى ـ ص ١١٧، ومابعدها.

(٢٨) الحديث أخرجه أبو داود بسنده عن عروة عن عائشة رضي الله عنها، راجع: سنن أبي داود ـ جـ ٤ ـ ص ١٨١، حديث رقم ٤٥٣٤.

ارتضاه الذين وقع الضرر عليهم، وقد جاء هذا التقدير في شجه احدثت الما في نفس المشجوج وأهله، ولو كان الواجب فيها الارش فقط دون التعويض لما حكم لها النبي صلى الله عليه وسلم به، بل ولألزمهم بالأرش[٢٩]، وتقدير النبي صلى الله عليه وسلم يشمل ما حدث عن الفعل الضار بشقيه، وهما: التخريب الظاهرى للوجه، والألم الناجم عن هذا التخريب في نفس المضرور، مضافا إلى ذلك ألم أهله عليه مما يكون معنى الضرر الادبي فدل ذلك على جواز ضمانه.

### ٣٦١ ــ ثالثا: أدلتهم من آثار الصحابة:

وأما أدلة القائلين بجواز التعويض عن الضرر الادبي، فكثيرة ومتعددة ويمكن أن نكتفى منها بما يدل على المطلوب، وذلك على النحو التالي:

١ ــ روى ابن حزم: ان حلاقا كان يقص لعمر بن الخطاب بعض شعره فأفزعه عمر فضرط الرجل من الفزع، فقال عمر رضي الله عنه: أما انا لم نرد هذا، (أى لم يقصد افزاع الرجل) ولكنا سنعقلها، فأعطاه أربعين درهما[٣٠].

ووجه الدلالة في هذا الأثر: أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه، قد قام بضمان الخوف الذي تسبب في حصوله للرجل حتى أفزعة وظهرت علامات ذلك الفزع عليه، وما كان لمثل عمر رضي الله عنه أن يضمن الخوف والفزع، وهما من مكونات الضرر الادبي، لولا أن لهذا الضمان أساسا شرعيا يقوم عليه، ويستمد جوازه منه، فدل هذا الاثر على جواز التعويض عن الضرر الادبي.

وقد روى هذا الأثر في كنز العمال برواية أخرى عن عكرمة: ان حجاما كان يقص لعمر بن الخطاب وكان رجلا مهيبا فتنحنح عمر، فأحدث الحجام فأمر له بأربعين درهما[٣١].

(٢٩) راجع في هذا المعنى: ابن القيم في اعلام الموقعين ـ جـ ١ ـ ص ٣٢٠ وما بعدها، مراجعة: طه عبدالرؤوف سعد ـ دار الجيل ـ بيروت ١٩٧٣م.

(٣٠) ابن حزم ـ المحلى ـ جـ ١٠ ـ ص ٤٥٩ حيث رواه بسنده عن عبدالرزاق ـ وراجع: د. رويعى الرحيلي ـ فقه عمر بن الخطاب موازنا بفقه أشهر المجتهدين ـ جـ ٣ ـ ص ٢٣٢ مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى بمكة المكرمة ـ طبع دار الغرب الاسلامي ببيروت سنة ١٤٠٣هـ.

(٣١) علاء الدين على المتقى بن حسام الدين ـ كنز العمال في سنن الاقوال والافعال ـ جـ ١٤ ـ ص ٢١١ رقم ٤٢٥ (في فضائل الفاروق).

٢ ـ وبما روى أن عمر بعث إلى امرأة مغيبة[٣٢]، كان رجل يدخل عليها، فقالت: ياويلها، ما لها ولعمر، فبينما هى في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق، فألقت ولدا فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر، أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء، انما أنت وال مؤدب، وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟، فقال: ان كانوا قالوا برأيهم فقد اخطأ رأيهم، وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، ان ديته عليك لانك أفزعتها فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك لاتبرح حتى تقسمها على قومك[٣٣]، يقول الشيرازي: فأمر عمر عليا أن يقسم عقله على قريش، أى أن يقسم دية الجنين على عاقلة عمر وهى قريش[٣٤].

**٣٦٢ ـ ووجه الدلالة في هذا الأثر:**

ان عمر رضي الله عنه قد استشار أصحابه في ضمان افزاع المرأة على نحو أدى إلى اجهاضها فرأى بعضهم عدم الضمان لفعل عمر، تأسيسا على انه يتوافر بالنسبة له سبب الاباحة، حيث ان له ولاية التقويم والتأديب على رعيته، لكن عليا رأى الضمان لانه هو المتسبب في الخوف والافزاع وما تسلسل عنهما من اجهاض المرأة، وقد لقى رأى أبى الحسن استحسانا من عمر رضي الله عنهما فأقره، وعمل به، وقرر ضمان الجنين الذي سقط بسبب من قبله وهو الافزاع والخوف الذي يعد من قبيل الضرر الادبي غير

---

(٣٢) كان زوجها غائبا في سفر ونحوه، يقابل المغيبة: المشهد: وهى التي زوجها شاهد حاضر.

(٣٣) ارواء الغليل للألباني ـ جـ ٧ ـ ص ٣٠١، حيث يقول: لم أره، ولا يلزم من عدم رؤية الالباني للأثر أن يكون ضعيفا في ذاته، راجع: مسند عمر بن الخطاب لابن كثير ـ ص ٢١٥.

(٣٤) الشيرازى ـ المهذب ـ جـ ٢ ـ ص ١٩٢. وقد أخرجه البيهقى عن الحسن وهو منقطع بينه وبين عمر، ورواه عبدالرزاق عن معمر، ورواه الشافعي بلاغا عن عمر مختصرا، راجع: سنن البيهقى ـ جـ ٨ ـ ص ٣٢٢، ومسند عمر بن الخطاب لابن كثير ـ ص ٢١٥، حيث قال ابن كثير: انه مشهور متداول، وتكملة المجموع للمطيعى ـ جـ ١٧ ـ ص ٣٧٤.

وراجع في كتب الفقه: مغنى المحتاج جـ ٤ ـ ص ٣، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٨١ ـ طبعة مكتبة الرياض الحديثة، وتبيين الحقائق للزيلعى ـ جـ ٦ ـ ص ٩٧ وما بعدها، والاحكام السلطانية للماوردى ـ ص ٢٢٢، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٣٦.

المالي، وضمانه في هذا الاثر يدل على الجواز[٣٥].

٣ ــ أخرج البيهقى في السنن الكبرى ان عمر وعثمان رضى الله عنهما كانا يعاقبان على الهجاء[٣٦].

والعقاب على الهجاء يقتضى أن يكون السب والقذف وغيرهما من الاضرار التي تنال من شرف الانسان واعتباره محل ضمان، ولو لم تكن كذلك ما قام صحابيان جليلان مثل عمر وعثمان رضي الله عنهما بضمانها.

٤ ــ وأخرج البيهقى ان عليا رضى الله عنه، قال في الرجل يقول للرجل: ياخبيث، يافاسق، قال ليس عليه حد معلوم، يعزر الوالى بما رأى[٣٧].

٥ ــ وروى عبدالرزاق ان عمر بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل: يا منافق، فشكاه إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر إلى عمرو: ان أقام عليك البينة جلدتك سبعين جلدة، فشهد الناس واعترف عمر، فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعفا عنه[٣٨]، وفي رواية ان عمر قال لعمرو: أكذب نفسك على المنبر ففعل[٣٩].

وقد دلت هذه الآثار على أن الفعل الضار ضررا أدبيا مضمون على فاعله، يدل على ذلك قول على فيما أخرجه البيهقى لمن قال لرجل ياخبيث يافاسق: يعزره الوالى بما يرى، كما يدل على ذلك أيضا فعل عمر مع عمرو بن العاص رضي الله عنهما، حيث حكم بضمان الفعل الذي أخل بحق الرجل الادبي من خلال وصفه بالنفاق، صحيح ان الضمان قد اتخذ شكل التعويض العينى، أى تكذيب ما نسبه اليه، كما تواترت

---

(٣٥) د. محمد حسين الشامي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٢٠، حيث يقول: يستدل من هذا ان الضرر الادبي هو السبب في التعويض لامرين. أولهما: انه لم يحدث أى أذى مادى حتى يقال ان هناك مباشرة، والثاني: ان التسبب ليس هو السبب المباشر في ايجاب التعويض لان من حق عمر المحافظة على النظام والاستجواب للتهم، وانما الذي حصل هو الفزع النفسى الذي بسببه القت جنينها فكان الضمان بسبب الافزاع وهو ضرر ادبي.

(٣٦) السنن الكبرى للبيهقى ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥١.

(٣٧) المرجع والمكان السابقان.

(٣٨) كنز العمال ـ جـ ٣ ـ ص ١٢٠، وراجع: د. رويعي الرحيلى ـ فقه عمر ـ السابق ـ جـ ١ ـ ص ٣٤٥.

(٣٩) كنز العمال ـ المكان السابق.

بذلك بعض الروايات، أو ان عمر قد قرر عقابا مقداره سبعون جلده، وهذا لايمنع من القول بتقرر الضمان عن الضرر الادبي.

٣٦٣ ــ وفي هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقا تعليقا على الاثرين الواردين عن عمر وعلى رضي الله عنهما: وأول مانستنتج من النصوص الواردة ان الخلفاء الراشدين عاقبوا على الاضرار الادبي، لكن بغير طريق التعريض المالى(٤٠)، والنتيجة الثانية: ان مدى المسئولية عن الضرر الأدبي، تعود إلى تقدير الحاكم ما لم تبلغ حد القذف الشرعى الذي عينت فيه الشريعة عقوبة محددة، كما يمكن أن يقال أن تكذيب النفس علنا يمكن ان يعد في بعض الاحوال ازالة عينية للضرر(٤١).

٦ ــ وقد حدّث محمد بن كثير بن الاوزاعى، عن ابن حرملة، قال: تلاحى رجلان فقال احدهما الم اخنقك حتى أحدثت؟، فقال: بلى، ولكن لم يكن إلى عليك شهود، ثم أشار إلى عمر بن عبدالعزيز فأرسل في ذلك إلى سعيد بن المسيب، فقال: يخنقه كما خنقه حتى يحدث، أو يفتدى منه فأفتدى منه بأربعين بعيرا(٤٢).

وهذا الأثر يفيد جواز التعويض عن الضرر الادبي بالمال، والا فلو كان تعويض الضرر الادبي بالمال غير جائز لما وجب الفداء في الحكم بالمال، حيث ان الضرر لم يترك أى أثر مادى في الجسم، وقد روى عن محمد بن الحسن أنه قال: يجب في الجراحات التي تندمل على وجه لايبقى أثرا حكومة بقدرما لحق المصاب من الالم(٤٣)، وقد جاء في الاحكام السلطانية: ولو تعلق بالتعزير حق لآدمي، كالتعزير في الشتم أو الضرب ففيه حق للمشتوم أو المضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهذيب، فلا يجوز لولى الامر أن يسقط بعفوه حق المشتوم او المضروب، وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب(٤٤).

---

(٤٠) د. مصطفى الزرقا ـ الفعل الضار ـ ص ٥٣.

(٤١) المرجع نفسه ـ ص ٥٤.

(٤٢) اعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ جـ ١ ـ ص ٢١٩.

(٤٣) المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٢١ ـ ص ٨١.

(٤٤) الاحكام السلطانية ـ للماوردى ـ ص ٢٦٨ ـ المكتبة التوفيقية.

**٣٦٤ ـــ رابعا: دليلهم من الاجماع:**

وللقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال دليل من الاجماع حكاه ابن قدامة في المغنى: في حكم قضى به عثمان رضي الله عنه، وذلك في قضية رجل ضرب آخر حتى احدث، فقضى عثمان عليه بثلث الدية، خلافا للقياس الذي يقضى بأن الدية لاتجب الا لاتلاف منفعة أو عضو أو ازالة جمال، وليس في القضية المحكوم فيها شيء من ذلك، وانما ذهب من ذهب إلى ايجاب الثلث لقضية عثمان رضي الله عنه، لانها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعا[٤٥]. ولان قضاء الصحابى بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف، وسواء كان الحديث ريحا أو غائطا أو بولا وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى احدث[٤٦].

ووجه الشاهد فيما ذكره ابن قدامة: ان حكم عثمان بالتعويض قد ورد في تلك القضية بسبب ضرر لايخرج توصيفه عن كونه ضررا أدبيا، وهذا الحكم كان في مظنة الشهرة، ولم يرد ما يخالفه، فيكون اجماعا عليه، اذ أن هذا الحكم من عثمان رضى الله عنه يدل على انه توقيف، ثم قاس ابن قدامة على الحكم كل فزع، الامر الذي يمكن معه القول ان التعويض عن الضرر الادبي في الفقه الاسلامي أمر جائز.

**٣٦٥ ـــ خامسا ـــ دليلهم من المعقول:**

كما أن للقائلين بجواز التعويض عن الضرر الادبي دليلا من المعقول، ذلك ان الضرر الادبي، لايقل أثرا في النفس من ناحية تحقيق الألم الذي يبعثه عن الضرر المالي، بل ان الضرر المالي قد يكون أهون من الضرر الأدبي، وإذا كان التعويض عن الضرر مطلقا مبعثه تخفيف حدة الالم في نفس المضرور بازالة آثار الضرر عنه، ومحو بقاياه من نفسه، فانه لايستساغ ـ وأمر التعويض كذلك ـ أن يكون قصرا على الضرر المادى دون الادبي، الامر الذي يجعل التعويض عن الضرر الادبي، أمرا يحتمه النظر السليم والقياس الراجح والعقل الرشيد، خاصة إذا كان هذا النظر معضدا بما سبق من أدلة على جوازه من الكتاب والسنة والاجماع وآثار الصحابة كما رأينا، كما أن القول بعدم جواز التعويض عن الضرر الادبي سوف يفتح الباب للتعدى على اعراض الناس،

---

(٤٥) المغني لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٨٣٥.

(٤٦) المرجع والمكان السابقان.

وسوف يشجع المعتدين على ولوج هذا الباب، ومن ثم يكون تقرير التعويض عنه بالمال زاجـرا للمعتـدين ورادعـا لهم، كما سيكون ذلك ذريعة لحفظ اعراض الناس ومنع التطاول عليهم[٤٧].

(٤٧) راجع: المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني - ص ٣٠٠، حيث ذكرت من ضمن الحجج التي يستند اليها جواز التعويض المالى عن الضرر الأدبي: ان القول بعدم التعويض عن الضرر الادبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على اعراض الناس وسمعتهم، مشار اليها - في الفعل الضار - للاستاذ مصطفى الزرقا - ص ١٢٥.

## ( المبحث الثاني )

## أدلة القائلين بعدم مشروعية ضمان الضرر الأدبي

وللقائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الادبي بالمال أدلة يمكن ردها إلى عدة أمور:

٣٦٦ ـ *أولها*: ان في تقرير التعويض عن الضرر الادبي بالمال، تعزيراً بالمال والتعزير بأخذ المال لايجوز في الراجح عند الائمة[١]، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه بغير حق، وقد نسخ التعزير بأخذ المال[٢].

٣٦٧ ـ *ثانيها*: ان في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوى هذا التقرير على اضافة تعويض آخر زائد عما حدده الله ورسوله فوق الدية المقدرة شرعا، تحت مسمى الضرر الادبي، بينما الشريعة قد حسمت هذا الأمر، وحددت مقدار الواجب في الجناية على النفس بما لايدع مجالا لاضافة أو تغيير، ان النص على تقدير تعويض عن الضرر الأدبي، سوف يفتح الباب أمام القاضى على مصراعيه للاعتباط والتحكم في تقدير تعويض أدنى مزعوم زيادة على الدية، يؤدى إلى الأقارب لتعويضهم عما يستشعرون من الم بسبب موت المضرور، ولهذه العلة يجوز للقاضى ان يحكم بالتعويض لالاقارب فحسب، بل وكذلك للأزواج مراعيا ظروف العائلة، في تعيين احظ أفرادها من الحزن والفجيعة ممن لايقتصر أمرهم على رغبة الافادة ماليا مما كانوا يكنون للمتوفي من عواطف الحب والولاء، وفي هذا مع المخالفة

(١) راجع: بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٦٣، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٣ ـ ص ١٩٥ وما بعدها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٥٤، وحاشية الشرقاوى على التحرير ـ جـ ٢ ـ ص ٤٤٨. حيث يقول: ولايجوز التعزير بالمال خلافا للحنفية، والمغنى لابن قدامة جـ ٨ ـ ص ٣٢٦ حيث يقول: والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ، ولايجوز قطع شيىء منه، ولا جرحه، ولا أخذ ماله لان الشرع لم يرد بشىء من ذلك عن احد يقتدى به، ولان الواجب أدب والتأديب لايكون بالاتلاف.

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٦١، وراجع في عدم جواز التعزير بأخذ المال مطلقا، د. محمد سعيد رمضان البوطى ـ محاضرات في الفقه المقارن ـ ص ١٠٠ وما بعدها ـ دار الفكر بيروت.

السابقة، مخالفة لاحقة، حيث سيؤدى ذلك إلى مخالفة أحكام الارث الشرعية، حين يترك الامر للقاضى ليوزع التعويض على أحظ أفراد الاسرة من الحزن والفجيعة [٣]، وذلك على نحو ما ورد في المادتين ٢٧٣، ٢٧٤ من التقنين المدنى الأردني، حيث تنص المادة (٢٧٣) مدنى أردنى على مايأتى: مايجب من مال في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجانى غير مميز هو على العاقلة أو الجاني، للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون، وتنص المادة (٢٧٤) مدنى أردنى على أنه: رغما عما ورد في المادة السابقة كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو ايذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين، أو لمن كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار.

.. وعلى ضوء ما تقضى به المادة (٢٧٤) مدنى أردنى يكون هناك أمر زائد على ماقررته أحكام الشريعة دون سند شرعى، واستناد إلى تبرير متكلف، غريب عن منهاج الشريعة ومبانى أحكامها [٤].

٣٦٨ ـ *ثالثها:* ان الضرر الأدبي الخالي من الاثار المالية، هو من الامور الاعتبارية محضا، وذلك كالشرف والسمعة، ومن ثم كان غير صالح للتعويض عنه بالمال والاولى به أن يخضع لقواعد التعزير الشرعي.

**٣٦٩ ـ المناقشة والترجيح:**

هذه هى أدلة الفقهاء في مدى مشروعية التعويض عن الضرر الادبي بالمال آثرت ان أذكرها كما وردت عنهم، مع الاستدلال لكل قول بما يمكن أن يستدل له من أدلة الشريعة، ولكن يبقى مع ذلك ان نورد المناقشات الواردة على أدلة كل قول، أو التي يمكن ايرادها عليه، وذلك قصدا لاستجلاء الرأى الراجح في المسألة.

**٣٧٠ ـ مناقشة أدلة القول الاول:**

وقد وردت على أدلة القول الاول مناقشات عديدة يمكن اجمالها فيما يلي:

*أولا:* الامثلة الفقهية التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضرر

(٣) راجع في سرد هذه الادلة: الاستاذ مصطفى الزرقا ـ السابق ـ ص ١٢٦ وما بعدها.

(٤) مصطفى الزرقا ـ المرجع نفسه ـ ص ١٢٧.

الادبي، ليست من الضر الادبي في شيء، فالألم والشين، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها اضرار مادية، لانزاع في جواز التعويض المالي عنها، ولاتصلح للاحتجاج شرعا على التعويض المالي عن الضرر الادبي[٥]. على انه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلا بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادى يمكن تعويضه، وفق القواعد الشرعية في تعويض الاضرار المادية ومن ذلك ايقاع الالم بالضرب أو اللطم ولو لم يترك أثرا، وكذلك نقص جمال عضو من الاعضاء[٦].

**٣٧١ ـ رد هذه المناقشة :**

ويرد على هذه المناقشة أمران:

***الأول:*** إذا كان الالم والشين وفوات الزينة وغيرها تستأهل التعويض، كما ورد في المناقشة، يكون في هذا تسليم بأنها يجوز ان يرد عليها التعويض بالمال، وذلك هو المقصود، أما وصفها بأنها اضرار مالية، وليست أضرارا أدبية، فذلك لن يغير من الحكم شيئا، وهي عند الفقهاء تعتبر من قبيل الاضرار الادبية.

***الثاني:*** القول بأن كل ما ورد بصدد الاستدلال على جواز التعويض عن الضرر الادبي، بأنه ليس من الضرر الادبي، لايستقيم مع الامثلة التي ضربها القائلون بالجواز مدعومة بالأدلة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وآثار صحابته، كما ورد عن عمر وعثمان وعلى وعمر بن عبدالعزيز، وقد وردت تلك الامثلة بخصوص اضرار لايمكن اعتبارها من قبيل المال الذي يجوز الاعتياض عنه، ومع ذلك فقد قرر الفقهاء جواز التعويض عنها بالمال[٧]، رغم ان الوصف الغالب عليها انها اضرار أدبية بالمعنى الذي يرأه الفقهاء.

***ثانيا:*** لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للاضرار الادبي وان حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الاسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبي، انما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالى، اذ لاتعد الشريعة شرف الانسان وسمعته مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه[٨].

---

**(٥) د. مصطفى الزرقا ـ المرجع نفسه ـ ص ١٢٣.**

**(٦) المرجع والمكان نفسه.**

**(٧) راجع أدلة القول الاول.**

**(٨) د. مصطفى الزرقا ـ المرجع نفسه ـ ص ١٢٤.**

**٣٧٢ ـ وهذه المناقشة أيضا يرد عليها أمران:**

***الأول:*** أن القائلين بجواز التعويض عن الضرر الادبي بالمال، لاينازعون في الحكم المقرر من قبل الشارع بخصوص بعض الاضرار ذات الصبغة الادبية مثل حد القذف وغيره من العقوبات التي يغلب عليها جانب حق العبد والتي قررها الشارع حفظا لشرفه واعتبـاره، فهذه العقوبات واجبة التطبيق وهي محل اتفاق، اما جواز التعويض عن الضرر الادبي بالمال، فانه وارد في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع حكم مقدر أو عقاب واجب، وأقوال الفقهاء القائلين بمشروعية التعويض عن الضرر الادبي بالمال وحسبما وردت، بعيدة عن هذا النطاق، لانها تدخل في اطار السلطة التقديرية الممنوحة للحاكم كاجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدى عليها بما يراه، وهذا لايكون الا في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع نص يفيد حكما واجب الاتباع.

***الثاني:*** أما قول المانعين: ان شرف الانسان وسمعته ليس مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه، فانه محل نظر، ذلك ان شرف الانسان وسمعته يمثلان حقا من اسمى حقوق الانسان وأعظمها خطرا في حياته، والألم الذي يصيب الانسان بسبب التعدى على شرفه وسمعته واعتباره ـ حتى في الحالات التي لاينطوى فيها هذا التعدى على مساس بالحقوق المالية له ـ قد يكون أقوى من الالم الذي يصيبه بسبب ضرر مالى، ومن ثم كان استئثار الاخير بالتعويض المالى، واخراج الضرر الادبي من دائرته، أمرا غير ذى معنى.

.. ثم ان الغرض من التعويض ليس احداث تقابل بين قيم مالية مفقودة من جراء الضرر، واحلال مال آخر محلها، وانما الغرض من التعويض محو آثار الضرر من نفس المضرور، وتخفيف ألمـه من نفسه، وهذا المعنى موجود في الضرر الادبي بقدر ما هو موجود في الضرر المادى.

***الثالث:*** كما أن القول بأن ما يقع من ضرر أدبي يمكن ان يجابه بالتعزير، قد يكون حجة على المانعين لا لهم، الا إذا كانوا يرون رأى من لايجيز أخذ المال وهو رأى مرجوح كما سنرى، لكننا إذا سلمنا بأن التعزير هو طريق مجابهة الضرر الادبي، فان من التعزير تغريم المال كما ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء، ويكون ضمان الضرر الادبي بالمال داخلا ضمن ما يقررونه وما يتمسكون به.

***ثالثا:*** قال المـانعـون لمشروعية تعـويض الضرر الأدبي بالمال: اننا لو سلمنا بأن

التعويض عن الضرر الادبي جائز بالمال، لوجب ان يذهب المال إلى خزانة الدولة لا إلى جيب المضرور، وهذا لايقولون به، وليس هو مرادهم[٩].

**٣٧٣ ــ رد هذه المناقشـــة:**

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن الهدف من التعويض هو تحقيق المماثلة بين التعويض والضرر ولما كان ذلك غير ممكن في اطار التعويض عن الضرر الادبي، فان الهدف يصبح هو مواساة المضرور، اقتداء بما رسمه الشارع في الدية والأرش، ومن ثم يكون ذهاب المالية أولى دفعا للنزاع وقطعا لدابرالشر من النفوس، ثم ان المهم في موضوعنا هو جواز تغريم المسئول عن ضرر أدبي، فإذا سلمنا بذلك يكون توجيه المال المدفوع مسألة أخرى، تخضع لنظر الحاكم وما يمليه العرف السائد، اما نفيهم لمراد القائلين بالمشروعية فهم لايملكونه، لان القصد لايعلمه الا الله، ومن ثم كان نفيهم له نفيا لامر لا يعلمونه فيكون باطلا لا اعتبار له.

**٣٧٤ ــ مناقشة ادلة المانعين لجواز التعويض عن الضرر الادبي بالمـــال:**

كما أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الادبي بالمال لاتسلم هى الاخرى من المناقشات، حيث يمكن أن ترد عليها المناقشات التالية:

***أولا:*** أن اعتبـار التعويض عن الضرر الادبي بالمال، تعزير بالمال غير جائز عند الائمة، يرد عليه: ان الذين قالوا بتحريمه استدلوا بقول الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم[١٠]، وقوله صلى الله عليه وسلم: لايحل لاحد من مال أخيه الا ما طابت به نفسه[١١]، وقالوا: ان التعزير بأخذ المال مطلقا أكل لأموال الناس بالباطل، منهى عنه بنص الآية الكريمة، وأخذ للمال من المسئول عن غير طيب نفس منه، وهو غير جائز كما أرشد حديث النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا الاستدلال مردود بما قرره كثير من الفقهاء من ان التعزير

(٩) د. مصطفى الزرقا ـ المرجع السابق ـ ص ١٢٥.
(١٠) سورة النساء ـ آية ٢٩.
(١١) رواه البيهقي بطرق متعددة، راجع السنن الكبرى ـ جـ ٦ ـ ص ٩٧.

بأخذ المال جائز [١٢]، وقد أثبت ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ان التعزير بالعقوبات المالية مشروع في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه، ومذهب أحمد وأحد قولي الشافعي، كما دلت عليه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومنه أخذه

(١٢) يرى أبو يوسف ان التعزير بأخذ المال جائز ان كان في أخذه مصلحة، راجع: حاشية ابن عابدين - جـ ٣ - ص ١٨٤، وتبيين الحقائق للزيلعي - جـ ٣ - ص ٢٠٨، وذكر ابن البزاز في فتاواه: ان التعزير بأخذ المال جائز دون نسبة ذلك الى قول أبي يوسف، الفتاوى البزازية - لابن البزاز الكردى جـ ٢ - ص ٤٥٧، طبعة ١٣٠٨ بأوروبا، وعند الشافعي في قول يجوز التعزير بأخذ المال، الحسبة في الاسلام - ص ٤٠، وحاشية الشبراملسي على شرح المنهاج - جـ ٧ - ص ١٧٤، وفيها: ولايجوز على الجديد بأخذ المال، كما انه جائز في قول مشهور في مذهب الامام مالك، راجع: الحسبة في الاسلام - المكان نفسه، تبصرة الحكام لابن فرحون - على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك - جـ ٢ - ص ٣٦٧ وما بعدها، حيث ذكر أمثلة عديدة للعقوبات المالية، وقد جاء فيه: والتعزير بالمال قال به المالكية، كما أنه في مذهب أحمد مشروع باتفاق في مواضع وباختلاف في مواضع أخرى، الحسبة - نفس المكان، وراجع: كشاف القناع - جـ ٤ - ص ٧٤ وما بعدها حيث يقول: والتعزير بالمال شائع اتلافا واخذا، وقول الموفق: لايجوز أخذ ماله اشارة الى ما يفعله الحكام الظلمة، وراجع في مشروعية التعزير بالمال، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي - جـ ٢ - ص ٢٠٨، والفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لايوجب للامام مجد الدين أبي الفتح الحنفي المعروف بالاستروشنى المتوفى سنة ٦٣٢هـ مخطوط رقم ٩٥٠ مجاميع بمكتبة بخيت بالازهر رقم ٤٦١٠٣ ص ٧ وما بعدها، ومحمد بن عابدين الانصارى الخزرجي السندى ثم اليمنى المتوفي سنة ١٢٥٧هـ، شرح على الدر المختار - مخطوط رقم ٩٨٧ بمكتبة الرافعي بالازهر - جـ ٦ ورقة ٦٠٤ وما بعدها، والشيخ احمد فهمى ابو سنه، العرف والعادة عند الفقهاء - ص ١٩١ - مطبعة الازهر، والدكتور عبدالعزيز عامر - التعزير في الشريعة الاسلامية، الطبعة الخامسة ١٩٧٦، فقرة ٣٤١ وما بعدها - دار الفكر العربي، ونيل الاوطار للشوكاني - جـ ٤ - ص ١٣٨، وما بعدها، وقد جاء في معين الحكام - للامام علاء الدين أبن أبي الحسن على بن خليل الطرابلسي الحنفي، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م، ص ١٩٥: مسألة: يجوز التعزير بأخذ المال، وهو مذهب أبي يوسف وبه قال مالك، ومن قال ان العقوبة المالية منسوخة فقد غلط نقلا واستدلالا، وليس يسهل دعوى نسخها، وقد جاء في الطرق الحكمية.. لابن قيم الجوزية - تحقيق د. محمد جميل غازى - ص ٣٨٦: واما التعزير بالعقوبات المالية فمشروع أيضا في مواضع مخصوصة في مذهب مالك وأحمد وأحد قولي الشافعي، وقد جاءت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه بذلك.

شطر مال مانع الزكاة، كما جاء في حديث بهز بن حكيم عن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنهم، قال: قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم: في كل سائمة ابل في اربعين بنت لبون لاتفرق ابل عن حسابها، من اعطاها مؤتجرا بها فله أجرها، ومن منعها فانا أخذوها، وشطر ماله، عزمة من عزمات ربنا لايحل لآل محمد منها شيء [١٣]، حيث دل هذا الحديث على جواز العقوبة بالمال [١٤]، ومنه تحريق عمر وعلى رضي الله عنهما المكان الذي يباع فيه الخمر ونحو هذا كثير يدل على أن التعزير بأخذ المال أمر جائز[١٥].

٣٧٥ ــ وقد قرر ذلك الفقهاء الذين احتج المانعون بأقوالهم، يقول ابن قاسم في حاشيته على الروض المربع تعليقا على قول المصنف: [١٦] وتحريم تعزير بحلق لحية، وقطع طرف أو جرح أو أخذ مال أو اتلافه: قالوا: لان الشرع لم يرد بشيء من ذلك عمن يقتدى به، وقال الشيخ وابن القيم وغيرهما: يجوز بأخذ مال واتلافه، فالتعزير بالعقوبات المالية مشروع في مواضع منصوصه: كسلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده، وكسر دنان الخمر وشق ظروفه، وهدم مسجد الضرار، وتضعيف الغرم على من سرق من غير حرز وحرمان القاتل سلبه لما اعتدى على الامير، وتحريق المكان الذي يباع به الخمر وتحريق قصر ابن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية، واراقة اللبن المغشوش ونظائرها[١٧].

٣٧٦ ــ وأما دعوى نسخ العقوبات المالية، فلم يرو عن رسول الله صلى عليه وسلم، وان أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة بذلك بعد موته لدليل على ان ذلك

---

(١٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وصححه الحاكم، وعلق الشافعي رضي الله عنه القول به على ثبوته، راجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٢ ـ ص ٢٤٣ ـ طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية.

(١٤) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٢ ـ ص ٢٤٥، وقارن ما ذهب اليه د. محمد سعيد البوطى ـ السابق ـ ص ١٥٦ وما بعدها.

(١٥) الحسبة في الاسلام ـ لابن تيمية ـ ص ٤٩، واعلام الموقعين له ـ جـ ٢ ـ ص ٩٨، والطرق الحكمية ـ لابن القيم ـ ص ٢٢٦ وما بعدها، وراجع: د. عبدالعزيز عامر ـ في رسالته: التعزير في الشريعة الاسلامية ـ ص ٢٢ وما بعدها.

(١٦) الشيخ منصور البهوتى ـ في الروض المربع ـ مطبوع مع حاشية ابن قاسم ـ جـ ٧ ـ ص ٣٥٠.

(١٧) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٣٥٠.

لم ينسخ، ومدعى النسخ ليس معه حجة شرعية من كتاب ولا سنة، والتعزير بالمال جائز على اصل أحمد لانه لم يختلف أصحابه ان العقوبات في المال غير منسوخة كلها، وأما قول أبي محمد المقدسى: ولايجوز أخذ ماله: اى المعزر، فاشارة منه إلى ماكان يفعله الولاة الظلمة(١٨)، وقد قال صاحب معين الحكم والتعزير لايختص بفعل معين، ويجوز التعزير بأخذ المال(١٩).

ويقول ابن قدامة في المغنى: والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا رآه الامام، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وما كان من التعزير منصوصا عليها يجب امتثال الامر فيه، وما لم يكن منصوصا عليه إذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم انه لاينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد(٢٠).

وأما ما قيل من أن المنقول عن المذهب الحنفي رواية ضعيفة قال بها أبو يوسف ولا تجوز الفتوى بها (٢١)، فمردود بأن ضعف الرواية قد تقوى بما نقل من عمل الصحابة، وتأيد بفتوى المتأخرين من الحنفية وغيرهم، وأخذ ابن القيم به، وقد نص الفقهاء على ان العمل بالقول الضعيف في المذهب يجوز إذا نص الحاكم على ذلك، وقراره يرفع النزاع(٢٢)، كما يجوز العمل بالضعيف في مواطن الضرورة، هذا إلى ان القول الضعيف عندما يختار للعمل به لمصلحة من مصالح الامة لايبقى ضعيفا، بل يصير راجحا(٢٣).

### ٣٧٧ ــ خلاصة هذه الدراسة:

ان التعزير بأخذ المال جائز، وإذا كان الذين قالوا بعدم جواز التعويض عن الضرر

(١٨) المرجع والمكان السابقان، وراجع: الطرق الحكمية ـ لابن القيم ـ ص ٢٦٦ ـ دار الكتب العلمية، والأحكام السلطانية للماوردى ـ ص ٢٦٨ ـ المكتبة التوفيقية.

(١٩) الطرابلسي ـ معين الحكام ـ ص ١٩٥، والحسبة لابن تيمية ـ المكان السابق، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٣ ـ ص ٢٧٥.

(٢٠) المغني لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣١٦.

(٢١) ابن عابدين ـ المرجع نفسه.

(٢٢) راجع في هذا المعنى: د. محمد فوزى فيض الله ـ المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ـ السابق ـ ص ١٤١.

(٢٣) الشيخ محمد مصطفى المراغي ـ بحوث في التشريع الاسلامي، مطبوعة سنة ١٩٢٧م/ ١٣٤٦هـ ص ٢٩.

الأدبي بالمال قد بنوا رأيهم هذا على عدم جواز التعزير بالمال يكون مردودا بما سبق، ويكون بناء على ذلك أمرا جائزا.

٣٧٨ ـ *ثانيا*: واما ما استدلوا به ثانيا من أن في تقرير التعويض عن الضرر الادبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوى هذا التقرير على اضافة امر زائد على ما قرره الله ورسوله فوق الدية المعتبرة شرعا تحت مسمى الضرر الأدبي، بما سيؤدى اليه ذلك من اعتباط في تقدير التعويض من القضاة وتوزيعه على غير مقتضى أحكام الميراث وبناء على مانال المضرور من حزن، يمكن أن يقال لهم ان ماتقولونه أمر صواب، ونحن نوافقكم عليه، الا أنه يمكن تلافيه من خلال تنظيم التعويض عن الضرر الادبي بحيث لاتتجاوز قواعده الحدود الشرعية التي ورد فيها تقدير عن الشارع، ويقتصر أمره على غير ما ورد فيه نص عن الشارع أو تنظيم له، أما ما ورد عن الشارع فيه نص أو تقدير فانه يكون هو الواجب الاتباع.

٣٧٩ ـ *ثالثا*: واما ما استدلوا به ثالثا من أن الضرر الادبي من الامور الاعتبارية التي لايمكن مقابلتها بالمال، فمردود بأن مقصود الشارع من التعويض هو المواساة للمضرور، ورفع ما أحدثه الضرر من حزن في نفسه، وهذا المعنى موجود في الضرر الادبي، والضرر المالي على حد سواء.

### ٣٨٠ ـ الرأى الراجح في نظرنا:

وبالنظر في أدلة كل قول نجد أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الادبي قد ورد عليها من المناقشات ما يقلل من الطمأنينة اليها، كما ان ما ورد على أدلة القائلين بالمشروعية من مناقشات لم يرق للنيل مما استدل به أصحاب هذا القول من أدلة الشريعة، مما يجعل القول بجواز التعويض عن الضرر الادبي بالمال أمرا جائز في نظرنا بشرط ألا يكون في أمر قد ورد عن الشارع فيه تقدير محدد، ووفق الضوابط التي قررها الفقهاء على نحو ماسنرى.

# الباب الثاني

## مضمون التعويض عن الضرر الأدبي ونطاقه في الفقهين الاسلامي والوضعي

٣٨١ ـ نتناول في هذا الباب دراسة الموضوعات التي تتصل بمضمون التعويض عن الضرر الأدبي ونطاقه، وهى تتمثل في أساليب التعويض، وكيفية تقديره، وطبيعته، ومدى انتقاله إلى الورثة، ولذلك فان خطة دراسة هذا الباب سوف تنقسم إلى الفصلين الآتيين:

**الفصل الأول:**

**أساليب التعويض عن الضرر الادبي وكيفية تقديره.**

**الفصل الثاني:**

**طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي، ومدى انتقاله إلى الورثة.**

# الفصل الأول
# أساليب التعويض عن الضرر الأدبي
# وكيفيــــة تقديــره

٣٨٢ ـ وهـذا الفصـل ينقسم إلى مبحثـين، نخصص أولهـما: لبيان آسـاليب التعويض عن الضرر الأدبي، وثانيهما: لبيان كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وذلك في الفقهين الاسلامي والوضعى.

## ( المبحث الأول )
## اساليب التعويض عن الضرر الأدبي

### ( المطلب الأول )
### أساليب التعويض عن الضرر الأدبي
### في فقــه القانـــون

٣٨٣ ـ من الأمور التي ينبغي أن نشير اليها بداية اننا ونحن نتكلم عن تعويض الضرر الأدبي: أن نستبعد الكلام عن الاحكام العقابية المقررة للجرائم الماسة بالشرف والاعتبار كالقذف والسب، في الفقهين الاسلامي والوضعي، ذلك ان الوضع الطبيعي لدراسة هذه الاحكام هو باب الجنايات في كل من الفقهين، لان الكلام عن التعويض ينصرف إلى التعويض بمعناه الخاص الذي يتوخى تعويض المضرور عما أصابه، دون التركيز على عقاب المسئول[1]، وبهذا القدر تبتعد فكرة التعويض عن الجزاء الجنائى، الذي يقوم على فكرة العقاب الخاص، لان العقاب يقوم على فكرة الخطأ مجردة ومجازاة الجاني على مقدار ما سلف منه من خطأ، مع ما يدخل في الاعتبار ان تكون العقوبة زجرا للغير عن ارتكاب مثل ماصنع[2].

(١) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٦٩١.

(٢) المرجع والمكان السابقان.

**٣٨٤ ـ التعويض يختلف عن العقوبة:**

وبناء على ذلك يكون المقصود بالتعويض جبر الضرر الذي لحق المضرور [٣]، وهو يختلف في ذلك عن العقوبة، لان هذه يقصد بها مجازاة الجانى عن فعلته وردع غيره وان ذلك يترتب عليه آثار يتغير بمقتضاها تغيير أسس تقدير الجزاء في كل من الجانبين، المدنى والجنائي، حيث يقوم الاول على مدى الضرر، بينما يقوم الثاني على أساس جسامة الخطأ، صحيح ان التعويض التزام جزائي يفرضه القانون على كل من سبب بخطئه الثابت أو المفترض ضررا للغير بجبر الضرر الذي لحق المضرور، لكنه جزاء مدنى وفي اطار العلاقات الخاصة[٤].

**٣٨٥ ـ أنواع التعويض عن الضرر:**

وأنواع التعويض عن الضرر تختلف باختلاف نوعه وما إذا كان الضرر ماديا أو أدبيا ومن المعروف ان تعويض الضرر المالي أمره سهل، لانه مقدر بمقدار الضرر، وهو أمر يمكن الوقوف عليه من خلال ما رسمته المادة (١/٢٢١) من التقنين المدنى المصرى بقولها: يشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به، فالمادة المذكورة قد رسمت الطريقة التي يستطيع بها القاضي ان يقدر الضرر على نحو يصيب فيه مقصد القانون.

لكن الامر في مجال التعويض عن الضرر الأدبي مختلف، لان التقدير فيه يقوم على اعتبارات أدبية تجعل طريقة تقديره مختلفة من شخص لآخر، ولئن كان فيها ما يستوجب التفاوت في القيمة من جراء اقتران الضرر الادبي بضرر مالى غالبا، فان القيمة المادية ثانوية في تقدير الضرر الادبي، أو لعلها كما يرى جانب من الفقه تعد مؤشرا من المؤشرات التي يمكن بمقتضاها تقدير قيمة التعويض عن الضرر الادبي.

ولئن كان التعويض العيني صورة يمكن الاخذ بها في مجال التعويض عن الضرر الادبي، الا ان نطاقها فيه سيكون محدودا بصور معدودة للضرر الادبي، الا أن

(٣) د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ٥٠٧.

(٤) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٠٦ وما بعدها. د. أنور سلطان ـ الموجز في النظرية العامة للالتزام ـ ص ٣٥٦ حيث يعنون للتعويض: بأنه جزاء المسئولية، وهو جزاء مدنى بالطبع.

التعويض بمقابل سيظل هو ميدان التقدير في الضرر الادبي، ونظرا لانه يتعلق بتقدير قيم أدبية وكيانات معنوية، فانه سيظل في طريقة تقديرة مختلف عن الضرر المادى كما سبق القول، وفي هذا المطلب سوف نبين أنواع التعويض عن الضرر الادبي وهي على الجملة نوعان، أولهما: التعويض العيني عن الضرر. وثانيهما: التعويض بمقابل، والضرر الادبي في هذا الصدد يمكن القول انه كالضرر المادي من ناحية الطرق التي يمكن أن يعوض بها مع اختلاف طبيعة كل منهما حيث يرد الاول على الذمة المعنوية للشخص، بينما يتقرر الثاني على الذمة المالية ونخضع لكل نوعا فرعا.

## ( الفرع الأول )

## التعويض العينى للضرر الأدبي

٣٨٦ ــ ومحل الالتزام بهذا التعويض، قيام المدين به، المسئول عن الفعل الضار بأداء للدائن المضرور يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار، وقد نصت على هذه الطريقة من تعويض الضرر بنوعيه المادى والأدبي، المادة (١٧١) من التقنين المدنى المصرى بقولها: بعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا. . . . ثم تقول المادة: على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض، وقد نصت على هذا المعنى المادة (٢٠٩ مدنى عراقى)، والمادة (١٣٦ مدنى لبنانى) وهي تقضى: بأن يكون التعويض في الاصل من النقود، ويخصص كبدل عطل وضرر غير انه يحق للقاضى، أن يلبسه شكلا يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذ عينيا، ويمكن ان يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد.

وبناء على ما ورد في المادة (١٧١) مدنى مصرى سالفة الذكر وما يقابلها في التقنينين العراقى واللبنانى يستبين أنه يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض العينى في دعاوى القذف والسب بنشر الحكم القاضى بأدانة المدعى عليه في الصحف، وهذا الحكم يعتبر تعويضا عينيا عن الضرر الادبي الذي أصاب المدعى [1]، بل ان الحكم

(١) الوسيط للسنهورى - جـ ١ - فقرة ٦٤٤، د. عبدالمنعم فرج الصده - السابق - ص ٢٢١، د. حسام الدين الاهواني - الحق في الخصوصية - السابق - ص ٤٣٢ وما بعدها، د. جميل =

بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الاحوال والاقتصار على ذلك قد اعتبر تعويضا كافيا عن الضرر الادبي الذي أصاب المدعى، وهو تعويض غير نقدى لان الملحوظ فيه هو المعنى الذي تضمنه، وقد أجاز المشرع الفرنسى الاخذ بهذا النوع من التعويض، بنصه في المادة (٨٠٩ مرافعات): على أنه يجوز دائما لرئيس المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ اجراءات ى اعادة إلى الحالة أصلها، لوقف التعرض الواضح عدم مشروعيته[٢].

٣٨٧ ـ حق الرد أو حق التصحيح:

ومن تطبيقات التعويض العينى للضرر الادبى، حق الرد أو التصحيح على ما تنشره الصحف متضمنا ما ينطوى على مساس بحق من الحقوق الأدبية، حيث تذهب معظم قوانين الصحافة في العالم إلى اعطاء الافراد الحق في الرد على ما تنشره الصحيفة وتلزم الصحيفة التي نشرت المقال أو التحقيق الصحفى بنشر الرد الذي يرد لها من صاحب الشأن، وقانون الصحافة الفرنسى يستعمل حق الرد، أو الحق في الرد droit de re-sponse. بالنسبة لما يطلب الافراد نشره، بينما يستعمل قانون المطبوعات المصرى تعبير

---

= الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٥٠٦ وما بعدها، د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣١، وراجع: حكم محكمة النقض في ١٩٦٧/٣/١٥ مجموعة أحكام النقض ١٨-٦٣٦-١٠٠، ومجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها.

(٢) ستارك ـ مشاره اليه. في د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣٢، وراجع: د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ١٥٣ حيث يقرر أنه: كما يبدو لاصعوبة في التسليم بأن الضرر الادبي يوجب التعويض إذا توافرت فيه الشروط اللازمة، إذا كان يكفى التعويض الاول لجبره، كالنشر في الصحف، أو تقديم اعتذار او الحكم بمبلغ رمزى (قرش واحد مثلا) في حالات القذف والسب اذ يكون الجزاء من جنس العمل. وقد قضت محكمة استئناف مصر في ٤ يوليو سنة ١٧٩٣م بالزام المسئول عن الضرر الادبي بمبلغ زهيد كتعويض رمزى، وقضت في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ إذا تبين ان نشر الحكم في احدى الجرائد فيه تعويض كاف للضرر الأدبي فلا محل للحكم بتعويض مالى، كما قضت محكمة استئناف اسكندرية المختلطة بأنه: يعتبر تعويضا أدبيا كافيا لجبر الضرر الادبي الزام المسئول بمصروفات الدعوى او الحكم بتصحيح الواقعة المكذوبة.

(استئناف مختلط في ١٢ يونية سنة ١٩٠٢م، وأول مارس سنة ١٩٠٥م، وراجع: د. توفيق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٧.

حق التصحيح - وهذا التعبير نفسه يستعمله القانون الفرنسى - لما تطلب السلطات العامة نشره، والذي يعادل في القانون المصرى نشر البلاغات الرسمية(٣). والمادة (٢٤) من قانون المطبوعات المصرى تقرر أنه: على رئيس التحرير أو المسئول أن يدرج بناء على طلب ذوى الشأن تصحيح ما ورد ذكره من الوقائع او سبق نشره من التصريحات في الجريدة، وينشر التصحيح في نفس المكان وبنفس الحروف التي نشر بها المقال المطلوب تصحيحه، ويجب أن ينشر التصحيح في خلال ثلاثة أيام لاستلامه، أو على الأكثر في أول عدد يظهر من الجريدة.

ويبدو مما ذكرته المادة (٢٤) ان حق التصحيح ينشأ عن كل ما ينشر في جريدة أو مجلة دورية، فعنصر الدورية يبدو واضحا من ضرورة نشر الرد خلال ثلاثة أيام أو في أول عدد، ولا مشكلة إذا كان الاعتداء على الحق الادبي قد تم بواسطة احدى الصحف والمجلات، حيث يستطيع المعتدى عليه أن يمارس حقه في التصحيح فيرسل تصحيحا لما نشر(٤).

وممارسة الحق في التصحيح يبدو فعالا في حالة ما إذا كان المقال أو الخبر يمس سمعة الشخص أو شرفه أو شخصه، أى أن ينشر اليه ما قد يسيء إلى سمعته أو اعتباره، أو نشر ما لا يجوز نشره كالحق في الخصوصية، والقانون يعطى لصاحب الشأن الحق في الرد دون حاجة للجوء إلى القاضى، واللجوء إلى القاضى لايكون الا لاحقا لطلب نشر التصحيح إذا ما رفضت الجريدة نشره أو حدث خلاف حول توافر الشروط القانونية(٥).

٣٨٨ ــ المساس بالحق الادبي في كتاب:

وإذا كان المساس بالحق الادبي قد تم عن طريق كتاب، أى عن طريق الدوريات

---

(٣) د. حسام الدين الاهوانى - السابق - ص ٤٢٥ - هامش ١١٢.

(٤) د. حسام الدين الاهوانى - السابق - ص ٤٢٦.

(٥) المرجع السابق - ص ٤٢٧، وراجع: الوسيط للسنهورى - جـ ١ - ص ٩٦٧ - فقرة ٦٤٤. وقد أشارت مجموعة الاعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٣٩٦ وما بعدها، إلى أن للقاضى ان يحكم بأداء معين على سبيل التعويض، كان ينشر الحكم بطريق اللصق على نفقه المحكوم عليه أو ينص في الحكم على أن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر سبا وافتراء، وتقر المجموعة ان هذا التعويض لاهو بالعينى ولا هو بالمالى، ولكنه أنسب ما تقتضيه الظروف.

فان الفقـه والقضـاء قد استقر في مصر وفرنسا على أنه لا يجوز اعمال حق الرد طبقا لاحكـام قانـون الصحـافة أو المطبوعات دون اللجوء للقاضى، فالرد بهذه الصورة لايتصور الا حيث يكون المطبوع دوريا أى لايكتمل ولاينتهى بصدوره مرة واحدة، ومن ثم يصعب القـول بالـرد حيث لايتتابع صدور المطبوع فأين ينشر الرد إذا كان المطبوع قد ظهر وانتهى واكتمل نهائيا؟

في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر بنشر رد من جانب المعتدى عليه حيث يلزم الناشر بأن يضيف إلى الكتاب سواء في صدره أم في نهايته تعقيبا أو ردا من المعتدى على حقه الادبى، أو حقه في الخصوصية على صفحات الكتاب، ويحدد القاضى حجم ومضمون الرد، وذلك بشرط أن يكون هناك اعتداء[٦].

ومن المؤكـد ان كفـالة حق الرد على من اضير في سمعته او عرضه أو شرفه على صفحـات الجـرائـد السيارة أو الدوريات يعتبر تعويضا عينيا يعالج بعضا من صور التعدى على الحق الأدبى، وليعالج التعويض بمقابل بقية الصور.

**٣٨٩ ـ شروط الحكم بالتعويض العينى :**

وقـد وضـع الفقهـاء شروطا للتعويض العينى استنبطوها من النصوص القانونية المنـظمـة للتعـويض العينى بصفـة خاصة، واداء الالتزامات بصفة عامـة ، وهـذه الشـروط تتمثـل فيمـا يلـي :

**٣٩٠ ـ** ***أولا : أن يكون الحكم بالتعويض العينى ممكنا :*** وهذا الشرط مستفاد مما ذكر في الفقرة الاولى من المادة (٢٠٣) مدنى مصرى، حيث قيدت ما نصت عليه من اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، بأن يكون ذلك ممكنا، وكذلك ما تنص عليه الماده (٢١٥) مدنى من أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه [٧].

---

(٦) المرجع السابق ـ ص ٤٢٨، وقد أشار إلى حكم محكمة باريس الابتدائية في ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٣م والذي قضى بضرورة وضع ورقة في أول جميع نسخ الكتاب الموجودة لدى الناشر أو الموزعين تتضمن تصحيحا لبعض لمعلومات الخاطئة التي وردت في الكتاب والتي تنطوى على مساس بحق انسان. ولا يخلو هذا الاجراء من صعوبة في التنفيذ تقلل من جدواه.

(٧) د. اسماعيـل غانم ـ أحكـام الالتزام ـ ص ١١٢ حيث يمثل لذلك بامكان الرجوع عن

**٣٩١ ـ ثانيا: أن لايكون في التعويض العينى ارهاق للمدين:**

وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٠٣) بقولها: اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين، جازله أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما، فيشترط في التنفيذ العيني امكان حصوله مع عدم ارهاقه للمدين، فاذا كان الحكم بالتعويض العينى ممكنا ولكنه يرهق المدين بنحو يتجاوز فيه الضرر الذي يلحقه ذلك الضرر الذي يصاب به الدائن، فانه لايكون هناك محل لاجبار المدين على التنفيذ العينى[٨].

**٣٩٢ ـ ثالثا: أن يكون التعويض العينى حسبما تقتضيه الظروف:**

وقد أشارت الى هذا المعنى الفقرة الثانية من المادة (١٧١) مدنى مصرى، حين نصت على أنه: يجوز للقاضى تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض فاذا كان تنفيذ الالتزام بعمل غير ممكن عينا أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك، وذلك كما في امتناع مسئول الجريدة عن نشر الرد المرسل من المضرور[٩]، واذا كان تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل كما في التزام المدين بعدم التعرض للحياة الخصوصية للمضرور، أو قام بنشر صورته بدون اذنه، أو قام بتحريف بعض التصريحات التي تسيىء اليه، فان التنفيذ العينى للتعويض يتمثل في قيامه بنفسه بتصحيح ما صدر منه، كما يجوز أن يحكم بأداء أمر معين، على نحو ما يقضى به من نشر حكم الادانة بالصحف في دعوى القذف[١٠].

---

= العمل، أما إذا كان لايمكن الرجوع فيه كما في افشاء طبيب سر المهنة واشاعته عن شخص انه مريض فلايمكن التعويض العينى، وقارن: الوسيط للسنهورى ـ السابق ـ ص ٧٩٧ ـ هامش ٢ حيث يرى: ان محل التعويض العينى هوا لعمل الذي يتكرر، أما العمل الذي لايتكرر فلا يقبل التعويض العينى.

(٨) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ المرجع السابق ـ ص ٥٢٨ وما بعدها.

(٩) في هذا المعنى: مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٥٣٩.

(١٠) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٥٣٠.

٣٩٣ ـ *رابعا: أن يطلب المضرور التعويض العينى:*
وقد أشارت الى هذا المعنى المادة (١٧١) مدنى بقولها: وللقاضى أن يحكم بالتعويض عينا مادام يراه أيسر في نفاذه وأجدى للمضرور، ولو كان المضرور، قد طلب التعويض بمقابل، كما أن للقاضى أن يحكم بالتعويض بمقابل غير ذلك المقابل الذي طالب به المضرور، ولا يعتبر هذا حكما بما لم يطلبه الخصوم، اذ أن الحكم يقوم على تعويض الضرر موضوع النزاع وانما بوسيلة أخرى ولكن اذا طلب المضرور تعويضه عينيا، فانه يتعين على القاضى ان يحكم به، وكذلك للمسئول ان يعرض التعويض العينى فيقضى به[١١].

## ( الفرع الثاني )
## التعويض بمقابل للضرر الأدبي

٣٩٤ ـ يعتبر التعويض بمقابل عن الضرر الادبي هو أحد صور التعويض عنه، بل هو الصورة الثانية والغالبة لتعويض الضرر الادبي، حيث أن التنفيذ العينى لايغطى كل صور الضرر الادبي ومن ثم فانه يترك مساحة واسعة لصور هذا الضرر حتى يأتى التعويض بمقابل ليغطى هذه المساحة.

والتعويض بمقابل قد يكون بمقابل غير نقدى مما يمكن أن يقوم المدين بأدائه ويندفع به الضرر، وقد يكون بمقابل نقدى، ولمحكمة الموضوع كامل السلطة في اختيار الطريقة التي ترى أنها الأنسب لاصلاح الضرر باعتبارها تعويضا بمقابل[١٢]، ومثال التعويض بمقابل غير نقدى ما تقضى به المحكمة في دعاوى السب والقذف من نشر الحكم الصادر بأدانة المسئول في الصحف[١٣]، غير أن التعويض النقدى هو أكثر طرق التعويض ملاءمة لاصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع، والاصل في

(١١) المرجع والمكان السابقان.
(١٢) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٥٣٠، د. اسماعيل غانم ـ أحكام الالتزام ـ ص ١١١ ـ طبعة ١٩٦٧م.
(١٣) د. أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٧ وما بعدها، د. محمد لبيب شنب ـ دروس في نظرية الالتزام ـ ص ٤٣١ ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧م، د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣٣، د. توفيق فرج ـ مصادر الالتزام ـ ص ٣٦٦، د. جميل الشرقاوى ـ النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الاول ـ ص ٥٠٦ ـ طبعة ١٩٨١م.

التعويض النقدى أن يكون مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة للمضرور، الا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التعويض النقدى مبلغا مقسطا أو ايرادا مرتبا لمدى الحياة والمسألة في ذلك راجعة إلى تقدير القاضى دون توقف على طلب المضرور، والأصل أن يكون التعويض النقدى مبلغا من النقود يعطى دفعة واحدة ولكن ليس هناك ما يمنع القاضى من الحكم تبعا للظروف بتعويض نقدى مقسط، أو بايراد مرتب مدى الحياة.

والفرق بين الصورتين ان التعويض المقسط يدفع على أقساط تحددها مدد معينة ويعين عددها، ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منها، أما الايراد المرتب مدى الحياة فيدفع هو أيضا على أقساط تحدد مددها، ولكن لايعرف عددها لأن الايراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة، ولاينقطع الا بموته، ويحكم القاضى بتعويض مقسط اذا رأى أن هذه الطريقة هى المناسبة للتعويض، بأن كان المدعى قد أصيب بها يعجزه عن العمل لمدة معينة، فيقضى له بتعويض مقسط يتقاضاه حتى يبرأ، ويحكم القاضى بايراد مرتب مدى الحياة اذا كان العجز عن العمل ـ كليا أو جزئيا ـ عجزا دائما، فيقضى للمضرور بايراد يتقاضاه مادام حيا تعويضا له عما أصابه من الضرر، ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط والذي يبقى في ذمته مددا قد تطول فقد يرى القاضى أن يلزمه بتأمين، وفقا لما تقضى به الفقرة الاولى من المادة (١٧١) من القانون المدنى الجديد، وليس هناك ما يمنع القاضى من الحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال الى شركة تأمين مثلا لتحويله الى ايراد مرتب يعطى للمضرور، واذا لم يتيسر ذلك يجوز للقاضى الرجوع الى الاصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة، اذا ان تحديد مبلغ التعويض من سلطة قاضى الموضوع[١٤].

---

(١٤) الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩٦٧ وما بعدها، د. اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ١١٤، د. توفيق فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٦ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٥٠٦ وما بعدها، حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٥٣٥ وما بعدها، د. عبدالمنعم فرج الصده ـ السابق ـ ص ٥٢٠ وما بعدها، د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥٠٦ ومابعدها، د. محمد لبيب شنب ـ السابق ـ ص ٤٣٠ وما بعدها، د. أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٧ وما بعدها.

## ( المطلب الثاني )
## أساليب التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٣٩٥ ـ مما هو مقرر في التشريع الاسلامي ان الضرر أيا كان نوعه تجب ازالته، وذلك عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار[١٥]، والذي فسره الفقهاء بما يفيد نهى الانسان عن أن يضر أخاه ابتداء ولا جزاء[١٦]، واذا كان ذلك كذلك فان الضرر الادبي يعد واحدا من الاضرار التي يشملها حكمه، ويكون منهيا عنه لذلك.

وقد أخذ الفقهاء من هذا الحديث الصحيح عددا من القواعد الفقهية التي تؤكد معناه وتبرز وجوده في مجال التطبيق العملي، ومن هذه القواعد: الضرر يزال[١٧]، وهى قاعدة من القواعد المهمة التي تعتبر أصلا من أصول ازالة الضرر، واذا كان الضرر ممنوعا ومنهيا عنه، كان لابد من رفعه وازالته، من خلال مشروعية التعويض عنه، بما يتوخى ازالة الضرر أو التخفيف من آثاره، وفي سبيل تحقيق تلك الغاية شرع التعويض عن الضرر، وتعددت أنواعه في مجال تعويض الضرر الادبي، الى تعويض عينى، وتعويض بمقابل. ونشير الى هذين النوعين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة. على أن نخصص لكل نوع فرعا.

### ( الفرع الأول )
### التعويض العيني للضرر الأدبي
### في الفقه الاسلامي

٣٩٦ ـ والفقه الاسلامي لاتمنع أدلته التفصيلية، وقواعده العامة، من ازالة الضرر الادبي عن طريق التعويض العيني. الذي يتخذ شكل ازالة عين الضرر، أو نفي ما اثبته المعتدى لقوله أو خطه مما ينطوى على مساس بحق من الحقوق الادبية للمعتدى

(١٥) سبق تخريج الحديث في الفصل الثاني من هذا القسم.

(١٦) الأشباه والنظائر ـ لابن نجيم ـ ص ٨٥.

(١٧) راجع: المادة ٩٠ من مجلة الاحكام العدلية، والاشباه والنظائر ـ لابن نجيم ـ المكان السابق، والاشباه والنظائر للسيوطى ـ ص ٨٣ وما بعدها.

عليه، كالقذف والسب، أو النيل من سمعته أو التعدى على خصوصياته وليكون النفى الاخير من المعتدى ماحيا لما أثبته من قول أو فعل ينال من المعتدى عليه في ذمته المعنوية، ومن صور التعويض العينى ان يفعل بالمعتدى مثل ما فعل، وهذا ما يؤيده ظاهر النصوص القرآنية، فقد قال تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم[١٨]، وقال عز من قائل: وجزاء سيئة سيئة مثلها[١٩]، وقال تعالى: وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به[٢٠]، ولهذا كان الاصل في التعويض ان يكون بمثل التعدى في الاضرار المالية وغير المالية من الاضرار المعنوية، الا أن السنة النبوية قد خصصت هذا العموم بما قررته من التضمين بالمثل، وليس اتلاف النظير في الضرر المالي بما ثبت انه صلى الله عيه وسلم: قد غرم احدى زوجاته عندما كسرت اناء لصاحبتها اناء بدله، وقال: اناء بأناء[٢١]، ولا شك أن هذا في الاموال اصلح للجهتين، لان المعتدى عليه، اذا أخذ مثل ماله أو قيمته صار كأنه لم يفت عليه شيء، لانه قد استفاد بما أخذه عوضا عن ماله، أما اذا تمكن من مقابلة الاتلاف باتلاف مثله كان ذلك زيادة في اضاعة المال وتوسيعا للضرر بلا فائدة، والمعتدى يستوى عنده اتلاف ماله أو اعطاؤه للمجنى عليه لجبر الضرر الواقع عليه[٢٢].

. . ولما كانت مقابلة الاتلاف بمثلة في المال مفسدة لاتجني من ورائها فائدة فقد عدل عن الاتلاف في المال الى التعويض عنه بمثله، لكن المعنى في الاضرار غير المالية، ومنها الضرر الادبي مختلف، لانها تقوم على التشفى الذي يتحتم لازالته أن يذوق المعتدى من الاذي مثل مافعل، حتى يذهب الغل من النفوس، والغيظ من الصدور، ومن ثم بقى هذا الاصل في التعويض عن الاضرار غير المالية، ولعل في مشروعة القصاص في النفس وما دونها، وجواز رد التعدى الذي يتخذ شكل السب وغيره بمثله، مايدل على

(١٨) سورة البقرة ـ آية ١٩٤.

(١٩) سورة الشورى ـ آية ٤٠.

(٢٠) سورة النحل ـ آية ١٢٦.

(٢١) الحديث رواه أبو داود والنسائي وأحمد، راجع: مختصر سنن أبي داود للمنذرى ـ جـ ٥ ـ ص ٢٠١ وما بعدها رقم ٣٤٢٤، مطبوع مع معالم السنن للخطابي، نفس المكان.

(٢٢) في هذا المعنى: رسالة سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات ص ٥٦٥.

هذا المعنى، قال الله تعالى: ﴿لايحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم﴾(٢٣)، وقول الله تعالى: ﴿ولمن انتصر بعد ظلمة فأولئك ما عليهم من سبيل، انما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الارض بغير الحق، أولئك لهم عذاب أليم(٢٤)، حيث دل هذا القول الكريم على أن من يرد الاساءة بمثلها انتصارا لما وقع عليه من ظلم لاسبيل عليه، انما السبيل على البادى المعتدى، الذي يظلم الناس بغيا بدون حق(٢٥).

**٣٩٧ ــ تطبيقات التعويض العينى للضرر الادبي:**

ولقد جاءت تطبيقات التعويض العينى للضرر الأدبي في الفقه الاسلامي، في عدد من المجالات التي يوجد فيها هذا الحق، وليس في كل صوره، وبالتحديد فقد ورد الكلام عنه في حال التعدى على السمعة، وفي مجال التعدى على حق الخصوصية، لكنه مع ذلك يمكن أن يعطى أساسا كافيا لتأصيل هذا النوع من التعويض، بما يبرز خصائصه، ومن صور التعويض العيني للضرر الأدبي مايلي:

**٣٩٨ ــ أ ـ تكذيب المعتدى لما قاله:**

من المهم بالنسبة لمن اعتدى على حقه الأدبي أن يكذب المعتدى نفسه، خاصة اذا كان الاعتداء مسلطا على سمعته أو شرفه واعتباره، مثل نسبة ما يشين اليه، من الامور التي تؤثر على سمعة من نسبت اليه، كالرمى بالزنا والسب وغيرهما، الا أنه اذا كان التعدى بالرمى بالزنا يكون مستوجبا للعقوبة الحدية اذا توافرت شروط اقامة الحد على نحو ما قرر الفقهاء، وقد شددت الشريعة على حالة الرمى بالزنا فأوجبت فيها الحد زجرا لفاعلها ومنعا من اقترافها ولا يجوز اسقاط هذه العقوبة الحدية أو الصلح عنها أو استبدالها بمال، لان ذلك يفوت الغرض المقصود شرعا من التشديد على فعلها بتقرير العقوبة، ومن ثم فانها لاتدخل في مجال التعويض.

أما اذا لم يجب الحد لفوات شرط من شروطه، أو كان الرمى بغير الزنا مما يؤثر في

---

(٢٣) سورة النساء ـ آية ١٤٨، وراجع في بيان هذا المعنى، كتابنا: الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الادبية ـ فقرة ١٠٨ ـ الطبعة الأولى ١٩٩٠م.

(٢٤) سورة الشورى ـ الآيتان: ٤١، ٤٢

(٢٥) في هذا المعنى: فتح القدير ـ للشوكانى ـ جـ ٤ ـ ص ٥٤١، وراجع: د. محمد سراج ـ ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ـ فقرة ٣٤٨ ـ ص ٣٤٣ وما بعدها.

سمعة المرء وينال من شرفه وكرامته، فان عقابه يكون بالتعزير. يقول صاحب بدائع الصنائع: يجب التعزير بارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع، سواء كانت الجناية على حق لله، أو للعبد، بأن يؤذى مسلما بغير حق، بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب، بأن قال له: ياخبيث أو يافاسق أو يافاجر أو ياكافر أو يا آكل الربا يا شارب الخمر ونحو ذلك، فانه يعزر لما تتضمنه تلك العبارات من نسبه ما يشين اليه، لان نسبة هذه الامور اليه تجعل الناس - على الاقل - في حيرة من أمره وسيكونون بعد سماع ما قيل عنه بين مصدق ومكذب فعزر المتعدى دفعا للعار عن المعتدى عليه(٢٦).

### ٣٩٩ - دليل التعويض العينى للسب :

ومما يدل على أن التعويض العينى من أنواع التعزير في حالة السب الذي ينال من شرف الانسان وعرضه مما لايرقى لاقامة الحد عليه، ما رواه عبدالرزاق ان عمرو بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل: يامنافق، فشكاه الى عمر بن الخطاب، فكتب عمر بن الخطاب الى عمرو بن العاص: إن أقام عليك البينة جلدتك سبعين، وقد ثبتت التهمة على عمرو بن العاص بشهادة الشهود واعترافه، فأمكن عمر الرجل من نفسه فعفى عنه، وفي رواية ان عمر قال لعمر: اكذب نفسك على المنبر ففعل(٢٧).

### ٤٠٠ - ووجه الدلالة في هذا الأثر:

ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قد أمر عمرو بن العاص أن يكذب نفسه بما نسبه الى المعتدى عليه من وصف النفاق الذي ينال من شرف من ينسب اليه واعتباره، ويزرى به عند قومه، والتكذيب نوع من التعويض العينى عن الضرر الذي فعل، وقد

---

(٢٦) راجع: بدائع الصنائع - للكاساني - جـ ٧ ص ٦٣، حيث يقرر ان المعتدى لو قال له: ياكلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحو ذلك لايجب عليه التعزير، لانه قد اذى نفسه والحق العار بها بقذف غيره بما لايتصور، فيرجع عار الكذب اليه لا إلى المقذوف، وهذا القول موجب للتعزير بحسب العرف الجاري، لان وصف المعتدى عليه بذلك مما ينال من كرامته، راجع: البحر الرائق - لابن نجيم - جـ ٨ - ص ٢٤٠ - مطبعة البابى الحلبى سنة ١٣٢٤هـ. وهو المعتبر عند الشافعية، راجع: تكملة المجموع - جـ ١٨ - ص ٣٦١.

(٢٧) د. رويعى الرحيلي - فقه عمر بن الخطاب - جـ ١ - ص ٣٤٥، نقلا عن كنز العمال - جـ ٣ - ص ١٢٠.

امر عمر رضي الله عنه أن يتم التكذيب على المنبر، ليكون في ذلك ما يمسح معنى الضرر - بعد أن تفشت آثاره عند الكافة - من نفس المعتدى عليه بالتكذيب على الملأ الذين يخشى نفرتهم مما سمعوه عنه، أو تغير نظرتهم اليه، وهذا هو معنى التعويض العيني الكامل الذي قال به فقهاء القانون، يشبه التكذيب الذي تنشره الصحف مما يمس سمعة المضرورين أو شرفهم، واعتبارهم، ومن ثم يعتبر هذا الأثر دليلا واضحا على ذلك.

**٤٠١ ــ التعويض العينى للغيبة:**

ولما كان في الغيبة ذكر للانسان بما يكره، الامر الذي يدل على ان فيها نيلا من عرضه واعتباره وسمعته، فان النبي صلى الله عيه وسلم يقول فيما رواه عنه أنس رضى الله عنه قال: كفارة من اغتبته ان تستغفر له [٢٨]، وقد روى الحديث من طريق أخرى بمعناه، والحاكم من حديث حذيفة والبيهقي قال: وهو أصح، ولفظة قال: كان في لسانى ذرب على أهلي، فسألت رسول الله ﷺ فقال: أين أنت من الاستغفار يا حذيفة؟، انى لاستغفر الله في كل يوم مائة مرة[٢٩].

وقد دل هذا الحديث على أن الاستغفار من المغتاب لمن اغتابه يعد من انواع الكفارات عن اثم الغيبة، وفي الاستغفار ماينطوى على اقرار بالذنب من المعتدى، وهو مايتضمن تطهير ساحة المعتدى عليه مما يكون قد ناله من طعن في سمعته أو نسبة مايكره اليه وقد فصل الشافعية فقالوا: إذا علم المغتاب وجب الاستحلال منه، ومما يدل على ذلك ما أخرجه البخارى من حديث أبي هريرة مرفوعا: من كان عنده مظلمة لاخيه في عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لايكون له دينار ولا درهم .. الحديث [٣٠]، والحديث دال على وجوب الاستحلال وان لم يكن المعتدى عليه قد علم، فالآن يكون الاستحلال مع وجود العلم من باب أولى، والاستحلال نوع من الاعتذار الذي ينطوى على معنى التكذيب لما اعتدى به على عرض المسلم، فهو أشبه بنوع من التعويض العينى.

(٢٨) رواه الحارث بن أمامة باسناد ضعيف، وأخرجه ابن أبى شيبة في مسنده، والبيهقى في شعب الايمان وغيرهما بألفاظ مختلفة من أحاديث انس، راجع: سبل السلام - جـ ٤ - ص ٤٠٠.

(٢٩) سبل السلام - المكان نفسه، وذرب اللسان آفاته.

(٣٠) المرجع والمكان السابقان.

### ٤٠٢ ــ نطاق الالتزام بالتعويض العينى:

ومن حرص التشريع الاسلامي على رفع الضرر عمن اعتدى عليه في عرضه بالغيبة، ان جعل نطاق الالتزام بالتعويض غير قصر على المعتدى، بل جعله واجبا أيضا على من يقع التعدى أمامه، حيث أوجب عليه أن يرد الطعن الذي رمى به أخوه. وذلك فيما روى عن أبي الدرداء أنه صلى الله عليه وسلم قال: من رد عن عرض أخيه بالغيب رد الله عن وجهه النار يوم القيامة(٣١)، حيث دل هذا الحديث على وجوب الرد على من اغتاب أخاه عنده، وهو واجب لانه من باب الانكار للمنكر، ولذا ورد الوعيد على تركه، كما أخرجه أبو داود: مامن مسلم يخذل مسلما في موضع تنتهك فيه حرمته وينتقص من عرضه، الا خذل له الله في موطن يجب فيه نصرته(٣٢)، وأخرج أبو داود وأبو الشيخ أيضا: من حمى عرض أخيه في الدنيا بعث الله له ملكا يوم القيامة يحميه من النار، وأخرج الاصبهاني: من اغتيب عنده اخوه فاستطاع نصرته فنصره نصره الله في الدنيا والاخرة، وان لم ينصره أذله الله في الدنيا والآخرة(٣٣)، ولايخفى ما تدل عليه تلك الاحاديث من وجوب رد التعدى على العرض حتى ولو لم يطلب المعتدى عليه ذلك، ولئن كان النظام القانونى يقضى بأن يتقدم المضرور بتصحيح لما نسب اليه إلى الجهة التي تم النشر فيهـا، فان مضمون تلك الاحاديث فيه ما يدل على ماهو أكثر حفظا لعرض الانسان وسمعته من هذا، حيث يجعل هذا التصحيح واجبا على من حضر واقعة التعدى، ولو لم يطلبه المعتدى عليه، بل ولو لم يكن حاضرا.

### ٤٠٣ ــ ب ـ التعويض العينى للتعدى على حق الخصوصية:

ومن صور التعويض العينى للضرر الادبي ما قرره الفقهاء من ازالة مصدر الضرر الادبي، الذي يتمثل في الوسائل التي يمكن ان يعتدى منها الجار على حق جاره في الخصـوصية، ولئن كانت الفروع الفقهية الواردة في هذا الخصوص تقتصر ـ بحكم الظروف التي صنفت فيها مصادرها العلمية ـ على الأسباب البسيطة التي تؤدى إلى أذى الجار، مثل احداث شباك في البناء، أو احداث فتحة يمكن ان يطل منها على عورات جاره، كالنـظر إلى النساء في صحن الدار، أو المطبخ أو البئر اللائى يجتمعن عنده

(٣١) المرجع نفسه ـ ص ٤٠٩.

(٣٢) المرجع نفسه ـ ص ٤١٠.

(٣٣) المرجع والمكان السابقان.

لاغـتراف الماء وهو مما جرت العادة بأن يقوم به النساء، لكن هذا المثل وغيره، رغم بساطته يعد المدخل لتأصيل كل ما أسفرت عنه العلوم من أدوات التجسس المختلفة، والتي تعتبر أسبابا مباشرة للتعدى على حق الانسان في الخصوصية، لتكون كل تلك الادوات على تقدمها وتنوعها وخطورتها مشمولة بحكمه في التعويض العيـني الـذي يقضـي بازالـتـها.

**٤٠٤ ــ آراء الفقهاء في التعويض العينى للتعدى على حق الخصوصية:**

وإذا كان التعدى على حق الانسان في الخصوصية يتمثل في القيام ببعض الاعمال التي يتمكن بها من النظر إلى عورات الجار على نحو ما ذكره فقهاء المالكية في حكم احـداث غرفـة يطلع منهـا على اسطوان داره: انه يمنع من ذلك، وعللوا المنع بأن الاسطوان هو دهاليز الدار التي يجلس فيها أفراد الاسرة وخاصة النساء مع شيء من التخفف في ملابسهن، مما يؤدى الاطلاع إلى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه حيث لايأمن رؤية الجار لهن، وفي مثل ذلك احداث علو يشرف منه على دور الجيران [٣٤]، وقد اختلف الفقهاء في وجوب سد ما يحدثه الجار في بنائه من فتحات أو شبابيك يمكن منها أن يجرح جاره ويطلع على خصوصياته وذلك على قولين:

**٤٠٥ ــ *أولها: للمالكية والحنابلـة وبعـض فقهـاء الحنفيـة:***

وحاصل قولهم: ان المالك إذا أراد أن يفتح طاقة أو فتحة في ملكه تشرف على جاره بحيث يمكن بها الاطلاع على خصوصيات الجار والنظر إلى نسائه فانه يجب ان تسد تلك الفتحة ترجيحا لجانب حق المضرور في الخصوصية على حق المعتدى في فتح الكوة او الطاقة أو الشباك والذي قد يرمى من ورائه إلى تحقيق مصلحة مرجوحة تتمثل في دخول الضوء أو الشمس أو الهواء إلى ملكه، وبوجوب سد تلك الفتحة ذهب المالكية والحنابلة، وبعض فقهاء الحنفية [٣٥]، الا أن المالكية قد قيدوا وجوب الازالة بعدة شروط:

---

(٣٤) تبصرة الحكام ـ لابن فرحون ـ جـ ٢ ـ ص ٣٦٥.

(٣٥) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٣ ـ ص ٣٤١، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٣٧٦، وفتاوى قاضيخان على هامش الفتاوى الهندية ـ جـ ٢ ـ ص ٢٥٦، وتبيين الحقائق للزيلعي ـ جـ ٤ ـ ص ١٩٦، وراجع في هذا المعنى: جامع الفصولين ـ لابن قاضى سماوه ـ جـ ٢ ـ ص ٢٦٨ ـ الطبعة الاولى بالمطبعة الازهرية سنة ١٣٠٠هـ.

**٤٠٦ ــ *الأول: أن يكون احداث الفتحة مما يمكن أن يؤدي إلى أذى الجار:***

فليس كل عمل يحدثه المالك في ملكه يمكن أن يؤدى إلى أذى جاره، وإذا كانت علة المنع من احداث الفتحة هى الاذى الذي يمكن ان يحدث للجار في انتهاك خصوصيات حياته، فلو كان احداث الفتحة لايؤدى الى هذا العمل المحرم يجوز عمله.

وضابط ذلك: ان يكون منزل المالك قريبا من ملك جاره بحيث يتبين الاشخاص وتتميز الصور، فيعرف زيد من عمر، والذكر من الانثى، والحسن من القبيح، والا فلا يقضى بازالته[٣٦].

**٤٠٧ ــ الثاني: ان يكون فتح الكوة حادثا:**

ويشترط لازالة الكوة أن يكون فتحها لاحقا على استقرار حق الجار، فلو ان الفتحة كانت قديمة، فان الجار لايلزم بازالتها لان حقه أسبق وقد جاء في البهجة: وقولى في الحادث: احتراز من القديم، فانه لاتقضى بازالته على المشهور ولو لم تكن فيه منفعة، قال في المدونة: فأما كوة قديمة أو باب قديم، لامنفعة له فيه ولا مضرة على جاره فإنه لايمنع منه[٣٧].

**٤٠٨ ــ ما يستثنى من هذا الشرط:**

ويستثنى من حكم هذا الشرط، وهو عدم المنع إذا كانت الفتحة قديمة وليست حادثة، فيمنع من الاطلاع ولو كان مصدرا اطلاعه قديما على ملك الجار المتضرر من النظر، إذا كان التعدى يجىء من صعود المؤذن للمنارة ومنها يمكن أن يجرح جاره ويطلع على خصوصياته، فانه يمنع، يقول صاحب البهجة: ويستثنى من القديم المنار، فانه يمنع المؤذن من الصعود اليه ولو كان قديما حتى يجعل، ساترا يمنع من الاطلاع على

---

(٣٦) البهجة شرح التحفة - جـ ٢ - ص ٣٣٨، وحاشية التاودى عليه - نفس المكان - الطبعة الثانية ١٩٥١ مطبعة البابى الحلبى، والمدونة الكبرى للأمام مالك - جـ ١٥ - ص ١٩٧، وتبصرة الحكام لابن فرحون - جـ ٢ - ص ٢٢٥، والمنتقى على الموطأ - جـ ٦ - ص ٤١، معين الحكام - ص ١٩٨، والقوانين الفقهية ص ٣٢٧.

(٣٧) البهجة - شرح التحفة - نفس المكان، وراجع كشاف القناع للبهوتى - جـ ٣ - ص ٣٩٦ وما بعدها.

الجيران من كل جهة حتى لاتتبين أشخاص ولا هيئات ولا اثاث قربت الدار أو بعدت[٣٨].

٤٠٩ ـ ***الثالث: ان تكون الفتحة أقل من قامة الانسان:***

ويشترط للازالة ان تكون الفتحة في متناول قامة الانسان بحيث يكون في استطاعته الاطلال منها على خصوصيات جاره بسهولة [٣٩]، وهذا الشرط مخالف لما يمليه الرأى المشهور في المذهب المالكى، الذي يقضى بالازالة حتى ولو كانت الكوة عالية، بحيث لايمكن الاطلاع منها الا بسرير ونحوه، وهو كذلك على المعمول به كما في المدونة عن مالك قال ابن فتوح وغيره: وبه العمل خلافا لما روى عن عمر رضي الله عنه من أنه يوضع سرير ونحوه من جهة المحدث للكوة وان يقف عليه واقف، فان اطلعه على دار جاره منع من ذلك والا فلا، وجعل ذلك قيدا[٤٠].

وقد الزم الحنابلة الجار بوضع سترة يمنع بها من الاطلاع على جاره، يقول ابن قدامة: وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الاخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرع على سطح جاره الا أن يبني سترة تستره، لانه اضر بجاره أشبه ما لو اطلع عليه من شق الباب أو الحائط، وهذا ضرر منهى عنه عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار[٤١].

(٣٨) المرجع والمكان السابقان، وحاشية التاودى على البهجة، نفس المكان السابق. وقد ورد في المادة (٦٠ من مرشيد الحيران)، ان الضرر الفاحش يزال سواء كان قديما أو حادثا، والضرر هنا ضرر فاحش، وفقا للمادة (٦٢ من المرشد).

(٣٩) راجع في هذا الشرط: د. محمد رأفت عثمان ـ الحقوق والواجبات في الاسلام ـ ص ١١٦ ـ الطبعة الاولى ـ دار الكتاب الجامعى.

(٤٠) البهجة شرح التحفة ـ جـ ٢ ـ ص ٣٣٨. وقد نصت على ذلك المادة (١٢٠٣ من مجلة الاحكام العدلية) بقولها: إذا كان لواحد شباك أعلى من قامة الانسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلما وينظر إلى مقر نسائه فالالزام بسده لا يجب أن يقوم على احتمال.

(٤١) المغنى ـ لابن قدامة ـ جـ ٤ ـ ص ٥٧٣، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه ـ جـ ٥ ـ ص ١٦١، شرح منتهى الارادات ـ جـ ٢ ـ ص ٣٧٢، وكشاف القناع ـ جـ ٢ ـ ص ٣٦٩، وقد نصت المادة (١٤٤٦ من مجلة الاحكام الشرعية) على أن تصرف الانسان في ملكه بما يتعدى ضرره إلى جاره عدوان، مثلا: لو بنى في داره كنيفا أو بركة ونحوها فنزا إلى جدار جاره فأوهاه ضمنه، وللجار منعه من ذلك الا أن يبنى حاجزا محكما، وكذا الدق الذي يهد الجدار مضمون السراية.

٤١٠ ـ *ثانيهما: للشافعية وأبي حنيفة والظاهرية:*

وحصل قولهم: ان المالك لايمنع من التصرف في ملكه، فيجوز له أن يفتح ماشاء من الكوات والفتحات حتى ولو اشرفت على أرض جاره، ويجب على الجار ان يستر نفسه بأن يبني في ملكه ما يؤدى إلى هذا الستر، ومع ذلك فان صاحب الكوة ممنوع من النظر والاطلاع على جاره[٤٢]، ويقول ابن حزم: ان كل ذى حق اولى بحقه، ومن ثم له أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف من فتح الكوى والطاقات وغيرها، الا أنه يمنع من النظر إلى جاره، وما روى من خبر: لاضرر ولا ضرار، فانه لايصح، لانه انما جاء مرسلا أو من طريق فيها زهير بن ثابت، وهو ضعيف، الا أن معناه صحيح، ولا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره[٤٣].

٤١١ ـ تقييم رأى الظاهرية ومن معهم:

ولعل من أهم الانتقادات التي وجهت لرأى الظاهرية، وتعتبر بالطبع موجهة إلى من يوافقونهم في الرأى، أنهم قد ضعفوا حديث: لاضرر ولا ضرار، وقالوا: أنه مرسل، أو من طريق فيها زهير بن ثابت وهو ضعيف، مع ان هذا الحديث قد جاء من عدة طرق أخرى ليس فيها ارسال، حيث روى عن ابن عباس، وابي سعيد الخدرى، وعبادة بن الصامت[٤٤]، يقول الشوكاني: أما حديث لاضرر ولا ضرار، فقد رواه ابن عباس وأخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني وعبدالرزاق، قال ابن كثير أما حديث: لاضرر ولا ضرار، رواه ابن ماجه عن عبادة ابن الصامت، وروى من حديث ابن

---

(٤٢) راجع: الام للامام الشافعي ـ جـ ٣ ـ ص ٢٢٢، وتبيين الحقائق للزيلعى ـ جـ ٤ ـ ص ١٩٦، والمحلى لابن حزم الظاهرى ـ جـ ٨ ـ ص ٢٤١، مسألة ١٣٥٥ وما بعدها، وحاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب ـ للشيخ زكريا الأنصارى ـ جـ ٢ ـ ص ١٢.

(٤٣) المحلى ـ المكان السابق، وراجع: الاشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه: غمز عيون البصائر ـ للحموى ـ حيث ينسب مثل رأى الظاهرية لمتأخرى الحنفية، فبعد أن يقرر حق المالك المطلق في التصرف في ملكه وان اضر بجاره، يقول: لكن ترك غالب المتأخرين ذلك في موضع يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضررا بينا، وقالوا: بالمنع، وعليه الفتوى في كثير من المسائل، راجع: جـ ١ ـ ص ١٢١.

(٤٤) راجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ص ١١٨ ـ ونيل الأوطار للشوكاني ـ جـ ٥ ـ ص ٢٩٢، وقد سبق تخريج الحديث، راجع فقرة ٣٥٦ وما بعدها من هذا البحث ـ هامش (١).

عباس وأبي سعيد الخدرى وهو حديث مشهور[٤٥]، ويقول الألباني: إنه حديث صحيح روى من حديث عبادة بن الصامت وعبدالله بن عباس وأبي سعيد الخدرى، وأبي هريرة، وجابر بن عبدالله، وعائشة بنت أبي بكر الصديق، وثعلبة بنت أبي مالك القرظى، وأبي لبانة رضي الله عنهم[٤٦].

وادعاء ابن حزم ان ضرر المالك يمنعه من التصرف في ملكه لايدانيه ضرر الجار المعتدى على خصوصيته محل نظر، لان الاطلاع على الحرمات ضرر لايساويه الضرر الذي يلحق بمالك الحائط إذا منع من فتح الكوة فيه[٤٧].

وقد لوحظ أن فقهاء الشافعية يفرقون في منع المال من التصرف في ملكه بين التصرفات التي تضر بجاره، وتلك التي تضر بملك الجار، ويمنعون كل تصرف بضر بملك الجار، أما التصرفات التي تضر بالجار نفسه كفتح الطاقات وغيرها، فلا يمنعونه[٤٨]، وهذه التفرقة في واقع الامر لاأساس لها، لان تخصيص الضرر الواقع على ملك الجار بالمنع من التعدى، يعد من قبيل التخصيص بلا مخصص وهو باطل، وعلى فرض صحته، فالاولى أن يكون المنع خاصا بالتصرفات التي تضر بالجار، لانها تجرحه، وتتضمن انتهاكا لحرمته، وتعديا على عرضه، وتتبعا لخصوصيات حياته، ولايقول عاقل ان المحافظة على ملك الجار اولى من المحافظة على عرض الجار.

٤١٢ ــ واننى أميل مع بعض الباحثين إلى أن ابن حزم يعمل حديث: لاضرر ولا ضرار في معناه، والذين معه على منواله في هذا العمل، لكنهم يخالفون الرأى الاول في التطبيق، صحيح هم يقدرون مدى حرمة خصوصيات الجار، وجسامة انتهاكها، ولكن الذي منعهم من العمل بالحديث تصورهم لقيام مانع من تطبيقه في تلك الحالة[٤٩]،

---

(٤٥) نيل الاوطار للشوكاني ـ المكان نفسه.

(٤٦) ارواء الغليل ـ للألباني ـ جـ ٣ ـ ص ٤١٠.

(٤٧) راجع: د. محمد رأفت عثمان ـ السابق ـ ص ١٢٠.

(٤٨) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ـ جـ ١ ـ ص ١٦٥ ـ مطابع الشعب، والموافقات للشاطبي ـ جـ ٢ ـ ص ٣٤٩، حيث يقرر: أن أحكام الشريعة مبنية على التحوط، ودفع ما يوصل إلى المفسدة، وراجع في نقد هذه التفرقة: د. محمد رأفت عثمان ـ المرجع والمكان السابقان.

(٤٩) د. فتحى الدرينى ـ نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ـ ص ١٣٩ وما بعدها، مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٨م.

وهو رجحان مصلحة الجار الممنوع من التصرف عن الجار الآخر الذي يمكن أن يحمى نفسه باتخاذ سترة، فالرأيان متقاربان.

ومن ثم يستبين لنا أن الشريعة قد اعتبرت الاضرار المعنوية مثل الاشراف على مقر النساء من صحن الدار وبئرها ومطبخها، وان هذا من أنواع الضرر الفاحش الذي يجب منع سببه بالازالة، وقد جاء في المادة (١٢٠٢ من مجلة الاحكام العدلية) ان: رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضررا فاحشا، فإذا احدث رجل في داره شباكا أو بناء جديدا، وجعل له شباكا مطلا على مقر النساء في دار جاره الملاصق أو الذي يفصل بينهما طريق، فانه يؤمر برفع الضرر ويجبر على ذلك إما ببناء حائط أو بوضع ما يمنع النظر، ولكن لايجبر على سد الشباك بالكلية[٥٠]، كما نصت على ذلك المادة (٦٢ من كتاب مرشد الحيران) فقالت: رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا، فلايسوغ احداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على حل نساء جاره، وان احدث ذلك يؤمر برفع الضرر إما بسد الشباك أو ببناء ساتر، فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده، والضرر الفاحش يزال سواء كان قديما أو حادثا (مادة ٦٠ من المرشد)[٥١].

**٤١٣ - دفع الضرر الادبي مقدم على دفع الضرر المالي:**

وإذا كان فقهاء الشافعية يفرقون بين فعل المالك الذي يضر بملك جاره فيمنعونه، والذي يضر بجاره فلا يمنعونه، فان السنة النبوية قد ورد فيها مايدل على بطلان رأيهم، ان رأيهم ينطوى على ترجيح للجانب المالي المتعلق بالملك، على الجانب الادبي المتعلق بحق الجار في حماية خصوصياته، ولو كان ما رأوه صحيحا ما قال رسول الله ﷺ لسمرة بن جندب: انت مضار، فقد روى أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن على: انه حدث سمرة بن جندب، انه كان له عضد من نخل في حائط رجل من الانصار، ومع الرجل اهله وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به، ويشق عليه، فطلب اليه ان يبيعه فأبى، فطلب اليه ان يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له، فطب اليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فابى، فطلب اليه أن يناقله

(٥٠) راجع: المجلة مع شرحها، للمرحوم سليم رستم - ص ٦٦١ ومابعدها - الطبعة الثالثة.

(٥١) راجع: كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان - ص ١٥ وما بعدها - الطبعة الثالثة - بالمطبعة الاميرية سنة ١٩٠٩م.

فأبى، قال: فهبه ولك كذا وكذا - امرا رغبه فيه - فقال: أنت مضار، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصارى: اذهب فأقلع نخله[٥٢].

.. هنـا حدث تعارض بين حقين، حق مالى يتمثل في نخلة سمرة، وحق أدبي يتمثل في خصوصية الانصارى، التي أراد سمرة ان يهتكها متعللا بوجود نخلته ضمن بستانه ومعه أهله، هنا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بازالة أسباب الضرر، فدل ذلك على مشروعية الازالة العينية للضرر الادبي.

**٤١٤ ــ شروط صحة التعويض العيني:**

ويشترط لصحة التعويض العيني عن الضرر الادبي في الفقه الاسلامي شروط:

***أولها:*** أن يطلب المعتدى عليه ذلك، لان الضرر الادبي، اعتداء على حق من حقوق العبد واستيفاء التعويض عنه مما يستبد به المعتدى عليه، كما ان الزام القاضى له فرع مطالبه المضرور به، لانه حق كبقية حقوقه التي تقبل الاسقاط ومن ثم وجب على المعتدى عليه أن يطالب به.

***ثانيها:*** كما يشترط أن لايترتب على التعويض العينى ضرر أشد: وذلك لما هو مقرر من أن الضرر الاشد يزال بالأخف[٥٣]، وعلى هذا الاصل يمكن تخريج ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بسمرة ابن جندب، لان بقاء نخلته أشد ضررا من قلعها، يقول ابن القيم: فضرر صاحب البستان ببقائها في بستانه أعظم، فان الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقة والقياس والمصلحة وان أباه من أباه[٥٤]، أقول: فلو كان التعويض العينى سيترتب عليه ارهاق لسمرة بأن كان ضرره أشد لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بازالة نخلته، وهو مايدل على اعتبار هذا الشرط.

***ثالثها:*** ان لايكون المعتدى عليه قد سبق تعويضه، أو رضى أن يعوض عن ضرره بمقابل، لما هو مقرر من أن الضرورة تقدر بقدرها، وتغريم المعتدى استثناء اقتضته ضرورة تعدية، فوجب ان يتقيد التعويض به، كما أنه لايجتمع تعويضان عن تعد واحد لما في ذلك من تجاوز للمثل الذي يقوم عليه التعويض.

---

**(٥٢) سنن أبي داود - جـ ٢ - ص ٢٨٣ - الطبعة الأولى سنة ١٣٧١ الحلبى بمصر، وراجع: عون المعبود - جـ ١٠ - ص ٦٤، والقواعد لابن رجب رقم ٧٧ - ص ١٥٧، وابن القيم - الطرق الحكمية - ص ٣١٠.**

**(٥٣) المادة ٢٧ من مجلة الاحكام العدلية.**

**(٥٤) الطرق الحكمية - ص ٣١٠.**

## ( الفرع الثاني )

## التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٤١٥ ــ وقد يكون التعويض عن الضرر العيني بمقابل يجبره، وذلك في غير الحالات التي بتقرر فيها التعويض العينى، أو فيها مع عدم توافر شرط من شروط قيامه وفي هذه الحالة، لايكون هناك مناص من تقدير التعويض الملائم عن الضرر الادبي الذي أحدثه المعتدى بفعله، والذي يقوم بتقدير هذا التعويض هم القضاه الذين يقدرون لكل ضرر قيمته، أو حكومة العدل التي تتولى تلك المهمة بنفسها او من خلال الاستعانة بأهل الخبرة كما سنرى.

٤١٦ ــ وقد قدر التشريع الاسلامي صعوبة هذا النوع من التعويض ولذلك تنوعت أساليبه بما يجعله أكثر ملاءمة في مجال الواقع، ولهذا لم يجعل التشريع الاسلامي كل صور التقدير في جهة واحدة، بل عدد الجهات التي تقوم به، ليكون في هذا التعدد تحصيل للمنافع التي ينطوى عليها تقدير كل جهة.

ومن أهم سمات هذا التعويض، انه يقوم على العدل، أى يوازن بين المصلحة التي فاتت بالتعدى، وبين التعويض على نحو يحقق العدالة في أحسن حالة يمكن أن تتحقق فيها، كما يقوم مع العدل على الرضا، الذي يريح نفس المضرور وينزع منها الغل والحقد، حتى يكون تقدير التعويض محققا للعدل وطمأنينة النفس، ولهذا تنوعت جهات تقدير التعويض على نحو ما سنرى.

## ( المبحث الثاني )

## كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

### ( المطلب الأول )

### كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون

٤١٧ ــ من المعروف ان تقدير التعويض عن الضرر الادبي مختلف عن تقديره بالنسبة للضرر المادى الذي سهل القانون مهمته بيا لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وهذا التقدير لجانبى الكسب والخسارة أمر يمكن ادراكه في وقائع تقبل التقدير بالمال، لكن الامر بالطبع سوف يكون مختلفا في مجال تقدير الضرر الادبي حيث يمارس القضاء دوره في التقدير بمرونة وحرية [1]، وأود أن أبين أولا سمات تقدير التعويض عن الضرر الادي ثم أحاول ثانيا تفريد معيار مقبول للتعويض، وذلك في فرعين:

#### ( الفرع الأول )

#### السمات البارزة في تقدير التعويض

يمكن القول ان تقدير التعويض عن الضرر الادبي يتسم بأمرين بارزين هما قيامه على اعتبار ذاتى، وانه يتردد في مقداره بين التقتير والمبالغة، ونبين ذلك بالقدر الذي تقتضيه الدراسة.

٤١٨ ــ *أولا: قيام التقدير على اعتبارات ذاتية:*

مما تجدر الاشارة اليه في هذا الخصوص أن تقدير التعويض عن الضرر الادبي وبحسب طبيعته يقوم إلى حد كبير على اعتبارات شخصية، وحيث يكون الضرر معنويا فان ضوابط تحديده تكون مرنة ومطاطة إلى حد كبير، وقد أدى ذلك إلى اختلاف المحاكم وتفاوتها في التقدير إلى مدى بعيد[2].

---

(١) حسن عامر ـ وعبدالرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٥٦٢.

(٢) د. حسام الدين الاهوانى ـ السابق ـ ص ٤٤٥.

ومن أمثلة هذا التباين في التقدير ماقضت به المحاكم المصرية من الزام طبيب بدفع تعويض مقداره خمسة آلاف جنيه لتسببه في وفاة حالة فتى أربى أيمن مختنق، حيث تصدى له جراحيا في عيادته رغم علمه المسبق أن الحالة تستدعى اجراء الجراحة في المستشفى، وفي قضية أخرى حكمت لوالد المجنى عليه بتعويض مقداره أربعة آلاف جنيه ضد شخص من الجيش صدمه بسيارته فأرداه قتيلا، دون أن يصدر من المجنى عليه أية مشاركة في الخطأ، وفي قضية أخرى حكمت بمبلغ ثمانية آلاف جنيه، ضد صاحب منزل أهمل في ترميمه بعد أن تم اعذاره، حتى تهدم فقتل رجلا كان في المنزل المجاور، فحكم لورثته بهذا المبلغ كتعويض، وفي قضية أخرى حكمت المحكمة بتعويض مقداره الفا جنيه لاخوة المجنى عليها ضد من هجم عليها في مسكنها وقتلها ثم أشعل النار في منزلها، فأصدر القضاء حكمه بالاعدام الذي تم، كما تم تعويض الزوج عن الموجودات التي احترقت بالمنزل(٣). وهكذا نجد التفاوت في تقدير التعويض مختلف في الحالات السابقة، رغم وحدة المصلحة المعتدى عليها ولعل السبب في ذلك مدى مايراه القاضي من جسامة الضرر الناتج عن الفعل، فضلا عما يقتضيه اعمال نظر القضاء في كل حالة على حدة، وهذا ما يؤكد مبدأ المرونة في التقدير، وان كان تفاوته في المصالح المتحدة أمرا منتقدا، اذ انه يودى بالتناسب الذي يجب أن يكون موجودا بين التعويض والضرر(٤).

**٤١٩ ـ القانون الانجليزي يتجه نحو تحديد التعويض:**

وتلافيها لهذا التفاوت في تقدير التعويض عن الضرر الادبي المتحد المحل والمصلحة المعتدى عليها به، ظهر اتجاه فقهى ينادى بتحديد الجوابر، وتقدير التعويض عن الضرر الواحد تقديرا محددا، بحيث يكون لكل جرح من الجروح أو عضو من الاعضاء أو أية اصابة أخرى ارش مقدر لايختلف من شخص إلى آخر، فالاضرار المتماثلة تقتضى

(٣) راجع: في التعليق على تلك القضايا: د. محمد حسين الشامى ـ ركن الخطأ في المسئولية المدنية ـ ص ٥٣٠ وما بعدها، حيث انتهى إلى أن سبب هذا التفاوت راجع إلى أن القانون المدنى المصرى يطبق بشأن التعويض عن ضرر النفس، نفس القاعدة التي يطبقها على تعويض المال، وهى ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، والاولى تطبيق قواعد الدية والأروش المقررة في الفقة الاسلامي، لانها موحدة. المرجع نفسه ـ ص ٥٣٥.

(٤) د. أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٩، د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥٠٧.

جواهر متماثلة، وقد اتجه القانون الانجليزي إلى الاعتراف مؤخرا ببعض التعويضات المقدرة اذ ينص قانون: .Administration of justice Act الصادر عام ١٩٨٢م على تقدير التعويض عن الشعور بالحرمان لفقد أحد الأقارب بثلاثة آلاف وخمسمائة جنيه استرليني(٥).

٤٢٠ ــ تقدير هذا الاتجاه:

وهذا الاتجاه منتقد لدى كثير من القانونيين، ولا يرون فيه خيرا كثيرا ويعتبرونه مخالفا لطبيعة التعويض في الضمان، فمن الواجب أن يتسم التعويض بالمرونة في الاستجابة لمتطلبات المتضرر واحتياجاته. ومعاناته الخاصة، بدلا من وضع هذه الاحتياجات في قوالب جامدة لاتناسب اختلاف الظروف وتنوع الاحوال، وقال أحد القضاة تعليقا على الحكم المقرر بقانون ١٩٨٢م: ان الشعور بالفقد والحرمان بالوفاة أمر لايمكن التعويض عنه، وأية محاولة لمقابلة هذا الشعور بالمال ليست الا اهانة لمن يعانيه سواء كان مقدار التعويض عشرة جنيهات، أو عشرة ملايين، ويعترف هذا القاضي بأن الغالبية لاتؤيد رأيه بدليل اقرارها لهذا القانون، ومع ذلك فإنه يرى أن تقدير المشرع للتعويض عن هذا الضرر أولى من القاء العبء على المحكمة لتقدير الواجب في التعويض عن الفقد لكل شخص على حدة(٦).

٤٢١ ــ وفي رأينا ان الاتجاه للتحديد مقبول اذا التزم في تحديده بمقدار الديات والأروش المقررة للجناية على النفس أو ما دونها في التشريع الاسلامي، لأن التحديد يقرر مبدأ المساواة بين بني الانسان، وهو ما قررته شريعة الله الخالدة، لكن أعماله في مجال الاموال سينطوى على مفارقات تقدح في صلاحيته، ولقد كان هدف القضاء الانجليزي من تقدير الاضرار التي لحقت بالمجنى عليه في الحاضر والمستقبل بمبلغ

(٥) راجع في هذا المعنى: د. محمد أحمد سراج - ضمان العدوان في الفقه الاسلامي - رسالة دكتوراه من كلية دار العلوم جامعة القاهرة - ص ٤٣٧ - دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٠م وفي قضية: .Cassidy. V daily Mirror News papers Ltd قدرت المحكمة الأضرار التي لحقت بالمدعية سنة ١٩٢٩م بخمسمائة جنيه استرليني نظرا لان تلك الصحيفة قد نشرت صورة لزوجها مع فتاة تعلن خطبتها، وهو ما يتضمن طبقا لأعراف البلاد ان هذا الرجل أعزب، مما يعنى ان المدعية، وهى تعيش معه ليست الا خادمة أو خليلة، المرجع نفسه - ص ٥٠٢.

(٦) د. محمد أحمد سراج - المرجع نفسه - ص ٤٣٧.

مقطوع Lump Sum وجملة واحدة تحقيق أكبر قدر من الملاءمة بين التعويض والضرر مع وصول المضرور إلى حقه في التعويض بسرعة، وعلى الرغم من يسر ترديد عبارة المبلغ المقطوع الا أن تطبيقها في الواقع ـ فيما لاحظ الاستاذ (دياس Dias وزميله) ـ أمر عسير للغاية اذ لاحيلة للقاضي في حساب الارباح التي كان المصاب سيجنيها في المستقبل لولا هذه الاصابة الا من خلال الظن أو التخمين Guessing game. وهي محفوفة بالمخاطر ولا تستند إلى قواعد حقيقية.

وقد أشير في معرض انتقاد الاعتماد على التقدير المقطوع، إلى احتمال تغير قيمة النقود بارتفاع معدلات التضخم او انخفاضها، كما أشير إلى احتمال تغير اصابة المجنى عليه بالبرء أو بالسراية، ومع ذلك فقد كان المتبع أن يقدر القاضي شيئا لايتغير بعد ذلك بتغير الظروف بحكم اعتباره تقديرا نهائيا(٧).

.. ولقد لفتت هذه الانتقادات انتباه (اللورد ديننج Denning R.M.). بقوة، فحاول عام ١٩٧٩ اقناع محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم بالمقدار المقطوع في تقدير التعويض عن الاضرار التي لحقت بالمجنى عليه في الماضي ويحتمل معاناته منها في المستقبل تعويضا مؤقتا، يحق للمحكمة ان تتدخل في المستقبل لتعديل تقديره والتغيير فيه بحسب ظروف المجنى عليه واختلاف الضرر اللاحق به عما كان متوقعا عند نظر القضية، وعلى الرغم من تقدير المحكمة لهذا الاقتراح الذي اعتبرته طيبا وملفتا للنظر، فانها لم تأخذ به لعدم دقته فيما تصورته هذه المحكمة، ولحاجته إلى تدخل السلطة التشريعية لاقراره، ومع ذلك تأثرت المحاكم في عملها بمضمون هذا الاقتراح، حيث عمدت إلى تأجيل ما تؤول اليه، لكن هذا الحل قد أدى بالتالي الى طول أمد التقاضي(٨).

وقد تطور حل هذه المشكلة واستقر نهائيا بصدور قانون سنة ١٩٨٢ الذي أقر نظام

---

(٧) المرجع السابق ـ ص ٤٦٠.

(٨) المرجع والمكان السابقان، ومن المعروف انه قد اقترح عام ١٩٧٤م نظام الفصل في المحاكمة بين اجراءات المحاكمة وتقدير الضمان، لكن هذا الاقتراح قد باء بالفشل لانه يسبب طول أمد التقاضي، ولم تأخذ به لجنة بيرسون Person. في توصيتها بالغاء نظام التقدير المقطوع وابداله بنظام التقسيط في دفع التعويض، راجع في هذا المعنى: Dias and Markesinis, Tort law, P. 401, Clarendon Press, Oxford, 1984.

التعويض المؤقت، وبمقتضاه أصبح من حق المضرور أن يطالب بحقه في التعويض عن الخسائر الحالة به فعلا، وأن يطالب في المستقبل بالخسائر التي تحل به فيما بعد.

وهذا الذي انتهى اليه القانون الانجليزي، هو الذي استقر عليه العمل في القانونين الفرنسى والمصرى منذ فترة طويلة، كما أنه هو الذي يؤيده الفقه (٩) ويتواءم مع المصلحة على نحو ما سنرى.

**٤٢٢ ـ الاستعانة في تقدير التعويض بالكسب الفائت:**

ويبدو أن النقد الذي وجه إلى التحديد النهائي والبات لمقدار التعويض قد لفت الانظار إلى اتجاه آخر يتوخى التحديد، لكنه لا يقره ابتداء، وانما كان سيوصل إلى تحديد معين لمقدار التعويض، الا أنه سينتهى إلى تفاوت كبير ينافى به تماما الاتجاه الاول، ويقوم هذا الاتجاه على النظر إلى الكسب الضائع في حساب قيمة التعويض، حيث يحسب على أساس معدلات الكسب السابقة على الاصابة، وما كان يستطيع المتضرر كسبه لنفسه ولأفراد أسرته لو لم تقع هذه الاصابة، ويعنى ذلك: ان التاجر الذي يصاب وهو في سن الخمسين باصابة تمنعه عن العمل، وتلزمه بيته، سيأخذ تعويضا بقدر على أساس أرباحه السابقة من عمله، فإذا كان يكسب مائة قبل الاصابة، أعطى نسبة كبيرة منها، ويقدر الواجب في مقدار مقطوع على أساس ضرب مقدار هذا الربح في عدد السنوات التي يتوقع لمثله الاستمرار في مثل هذا العمل(١٠).

**٤٢٣ ـ تقييم هذا الاتجاه:**

وقد انتقد هذا الاتجاه بحق بأنه يهدر معنى المساواة في تقدير التعويض عن الضرر المتماثل، كما أن التعويض بناء على الكسب الفائت سيشجع المصابين وأقربائهم على التبطل، فالزوجة التي أخذت نسبة كبيرة مما كان يكسبه زوجها قد لاتفكر في العمل ولو كانت صغيرة، وكذلك المصاب نفسه أو أحد أقربائه من الذكور، بخلاف مالو عوض عن الاصابة بمقدار مقطوع، فان الاغلب أن يعود إلى عمله إذا استطاع ذلك، كما أن

(٩) راجع في هذا المعنى: حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٥٦١، ود. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ٥٤٢، د. توفيق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٨، د. اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ١١٤، د. جميل الشرقاوى ـ السابق ص ٥٠٤.

(١٠) د. محمد احمد سراج ـ السابق ـ ص ٤٣٧.

التضخم النقدى وهو ذو تأثير كبير على قيمة التعويض لن يدخل في تقدير القضاه عند حساب القيمة، ومن ثم كان هذا المعيار مضطربا ولايستند إلى منطق أو عدل[١١].

هذا بالاضافة إلى ما ينطوى عليه هذا المعيار من عسف وتحكم، لانه يقيم أساسه على أمر غير متيقن، وهو مقدار ما كان يمكن أن يعيشه المجنى عليه، مع أن مسألة الاعمار هذه من اختصاص الله عزوجل، ومن ثم كان الاساس الذي يقوم عليه هذا المعيار مظنونا.

**٤٢٤ ــ ثانيا: تردد التعويض بين التقتير والمبالغة:**

كما لوحظ على تقدير التعويض عن الضرر الادبي انه يميل إلى التخفيض المبالغ فيه تارة، ثم يجنح إلى الزيادة المبالغ فيها تارة أخرى، كما لو كان هناك رد فعل شديد بين النقص والزيادة، فقد لوحظ أن مبالغ التعويض التي تقدرها المحاكم الفرنسية تبدو في مجموعها منخفضة إذا ما قورنت بالأرباح التجارية، التي تعود على المعتدين على الحقوق الادبية، خاصة مايتعلق بتعدى الناشرين على حق الخصوصية [١٢].

ويبدو أن ماطرأ على المسئولية المدنية بصفة عامة من تطورات اجتماعية حدت بالقضاة إلى التخفيف من غلواء المبالغة في التعويض، والعدول في تقديره من مجال التعويض الكامل إلى مجال التعويض العادل، قد اتجه بالقضاء الفرنسى نحو هذا المسلك الذي يتسم بالتخفيف في تقدير التعويض بصفة عامة، أو لعل العقبة القانونية الاساسية في سبيل الاعتداد بالربح عند تقدير التعويض تكمن في أن التعويض يكون بقدر الضرر فقط، فلسنا بصدد أعمال نظرية الاثراء بلا سبب حيث نجرى مقارنة بين الافتقار والاثراء، فيعتد بأقل القيمتين، ففي مجال المسئولية يقدر التعويض بمقدار الضرر، دون الاعتداد بالنفع الذي عاد على المسئول [١٣]، ومع أن في السلطة التقديرية للقاضى ما قد يمكن به تخطى تلك العقبة، الا أن الفقة وهو بصدد انتقاد هذا المسلك بدأ يرجح الاتجاه نحو العقوبة في التعويض، ليكون التعويض جزائيا، على غرار ميثاق حقوق وحريات الاشخاص الصادر في ولاية كيبك بكندا، والذي ينص في المادة (٤٩)

(١١) المرجع السابق ـ ص ٤٣٩ .
(١٢) في هذا المعنى: د. حسام الدين الاهوانى ـ السابق ـ ص ٤٤٥ .
(١٣) المرجع السابق ـ ص ٤٤٩ .

منه، على أنه في حالة الاعتداء العمدى على حق من الحقوق التي يحميها الميثاق (وهي بالطبع حقوق غير مالية) فان المحكمة يجوز لها أن تحكم على المعتدى بتعويضات جزائية أو انتقامية، حتى لايكون التعويض بقدر الضرر وانما يزيد عنه تحقيقا لعنصر الردع لأن مبلغ التعويض كلما كان ضئيلا، كلما كان ذلك مشجعا للتعدى على الحقوق الادبية، ومنها حق الخصوصية، فقانون المسئولية المدنية، لايستهدف التعويض، وانما يستهدف معه فرض احترام القواعد الاساسية اللازمة للحياة في المجتمع[١٤].

### ٤٢٥ ـ فكرة التعويض المشدد:

وقد انتقدت فكرة التعويض الجزا في على أساس أن المضرور يحصل على أكثر مما يستحق ويستفيد من الاعتداء عليه، وهذا مخالف لما استقر عليه الفقه[١٥]، ولو كان الامر أمر عقاب لكان من الواجب أن يؤول مبلغ التعويض للدولة [١٦]، ومن ثم بدأ جانب كبير من الفقه ينادى حاليا بأعمال فكرة التعويض المشدد.

. . والتعويض المشدد يقضى بأن يفرض المشرع مبلغا أو حدا أدنى من التعويض قد يكون عن كل يوم وضعت فيه أجهزة التلصص على الحياة الخاصة، أو امتنع فيه رئيس تحرير الجريدة التي نشرت ما يمس سمعة الانسان أو شرفه عن نشر رده، ويحدد هذا المبلغ جزافا، ولكن ليس على سبيل العقوبة، وانما على سبيل الاعتراف من المشرع بخطورة الضرر، كما أن هناك حدا أدنى من الألم لابد وأن يعانى منه أى انسان، هذا الاتجاه هدفه فرض احترام الحقوق الادبية على المعتدين وحماية أهم قيمة من القيم الانسانية والاجتماعية، وهكذا نلمس الجنوح نحو التشديد الذي بدأ من التساهل والتخفيف في مقدار التعويض عن الضرر الادبي، وهو مظهر من مظاهر تقدير التعويض عن الاضرار الادبية.

---

(١٤) المرجع والمكان السابقان.

(١٥) د. أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٩، د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥٠٩.

(١٦) د. حسام الدين الاهوانى ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٥٠.

## ( الفرع الثاني )

## معايير التقدير المقبول لتعويض الضرر الأدبي

٤٢٦ ـ من الاهمية بمكـان أن يهتم الفقه بوضع المعايير التي بمقتضاها يكون التعويض عن الضرر الادبي محققا للغاية المرجوة منه كجزاء تعويضى يحقق في نفس المسئـول الشعـور باحـترام الحق المعتـدى عليه، دون خلط بين الصبغة التعويضية، والصفة العقابية فيه، خاصة وان المعول عليه في تقدير التعويض للقاضى وهو بشر، يمكن أن يقع أسيرا للضغوط النفسية أو الظروف الاجتماعية، التي قد تحول بينه وبين ادراك التناسب بين الضرر وما يعوضه، والفقه يعول بصفة خاصة عند تقدير التعويض على ثلاثة أمور هى: عناصر التعويض، ومقداره، والظروف الملابسة.

### ٤٢٧ ـ أولا: عناصر التعويض في الضرر الأدبي:

يركز الفقه بصفة عامة على أن التعويض يجب أن يقدر بقدر الضرر المباشر، يستوى في ذلك أن يكون الضرر ماديا أم أدبيا، وسواء كان حالا، أو مستقبلا ما دام محققا، ولايشمل التعويض الضرر غير المباشر.

والضرر غير المباشر هو الذي يستطيع المعتدى عليه أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ففي مجال التعدى على حق الانسان في سلامة جسمه، لو أن شخصا جرح آخر في اشتباك أو شجار، وكان من الممكن للمضرور أن يضع حدا للضرر بالمبادرة للعلاج، على نحـو صحيح يوقف سريان الجرح، لكنـه أهمل في ذلك ونشأ عن اهماله زيادة الضرر، فان مازاد عن الضرر الذي أحدثه المسئول، يعتبر ضررا غير مباشر ولايدخل في تقدير التعويض، لان المعتدى عليه كان من الممكن أن يتوقاه بالعلاج الصحيح، لكنه اهمل، واهماله خطأ، ومن المفروض أن المخطىء لايستفيد من خطأه[1].

ولكن ما هو معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر؟، اجابت عن ذلك المادة ١/٢٢١ مدنى بقولها: .. ان الضرر المباشر هو ماكان نتيجة طبيعية للخطأ، وهو يعتبر نتيجة طبيعية، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول واصطلاح: النتيجة الطبيعية، أقرب إلى المقصود من اصطلاح الضرر المباشر[2].

---

(١) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣٦.

(٢) د. أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٣٥، د. محمد لبيب شنب ـ السابق ـ ص ٣٦٦، حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٤٢٢، د. محمود جمال الدين زكى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ـ ص ٦٩٤، د. توفيق حسن فرج ـ النظرية العامة للالتزام ـ ص ٤٠٤.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في ٨ يونيو سنة ١٩٥٣م: بأنه إذا أصيب المجنى عيه بجروح، ثم اصيب أثناء علاجه منها بالتهاب رئوى حدث بسبب رقاده على ظهره أثناء مدة العلاج مما أدى إلى وفاته، فانه تجب المساءلة عن هذه النتيجة، كما حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ مايو سنة ١٩٣٣م بأنه: تتوافر المسئولية ولو كان المصاب قد اهمل في علاج نفسه[٣].

٤٢٨ ـ وإذا كان التعويض يشمل الضرر المباشر، فانه يجب أن يأخذ في اعتباره ماالحق المعتدى عليه من خسارة مادية لحقته أو كسب ضاع عليه[٤]، فلو أن شخصا رمى صاحب مدرسة لتعليم البنات بأنه قواد، أو نشر صورته وهو يدخل مكانا من الامكنة الموبوءة، فانصرفت عنه الفتيات المتدربات، واضطر إلى اغلاق مدرسته وبيع اثاثها بثمن بخس لدفع أجور المدرسين ومقابل الاعلانات وما إلى ذلك، فلن يرفع ضرره عقاب من سبه، وانما يرفعه ايجاب تعويض الضرر على من تسبب فيه، ويرى بعض الباحثين انه يجب لجبر هذا الضرر: أن يتحمل الشاتم مافات من كسب المشروع مدة عام أوعامين، حسب تقدير القاضى، لان الاغلب ألا يستمر تأثير الاشاعة أكثر من ذلك، ولو نقص دخل المدرسة ولم يضطر لاغلاقها، فان هذا النقص يقدر ويحمل على المعتدى، فان تعطيل منفعة المدرسة باشاعة سوء اخلاق مديرها من التسبب في اتلاف منافعها، فيضمنها المعتدى[٥].

٤٢٩ ـ كما يجب أن يشمل التعويض كل الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع، فإذا ضرب شخص آخر مريضا بالقلب، فقضت عليه هذه الضربة مع أنها لم تكن لتؤدى إلى وفاته لولا اصابته بهذا المرض، كان الضارب مسئولا مدنيا عن الوفاة ـ ولو كان بسبب جهله اصابة المجنى عليه بهذا المرض ـ لم يتوقع ولم يكن في وسعه أن يتوقع أن تؤدى هذه الضربة إلى حدوث الوفاة[٦].

ويجب في الحكم الصادر بتقدير التعويض أن يبين عناصر الضرر المطلوب عنها التعويض ومناقشة كل عنصر من هذه العناصر، حتى تستطيع محكمة النقض ان تتحقق أن كل عنصر أدخلته محكمة الموضوع في تقدير التعويض تتوافر فيه الشروط

---

(٣) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٤٢٢ وما بعدها.

(٤) ده سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣٦ وما بعدها.

(٥) د. محمد أحمد سراج ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٠١ وما بعدها.

(٦) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٣٨.

القانونية لتعويضه، بخاصة كونه ضررا مباشرا، وان تلك المحكمة لم تغفل في تقديرها التعويض عنصرا من عناصر الضرر المباشر الذي كان المضرور يستحق تعويضا عنها، ولايلزم أن تقدر المحكمة تعويضا خاصا عن كل عنصر من عناصر الضرر الواجبة التعويض، بل يجوز لها أن تحكم بتعويض اجمالى عن جميع العناصر التي يستحق المضرور تعويضا عنها. ولا عليها ان قدرت تعويض الضرر الادبي والضرر المادى بمبلغ واحد دون أن تبين قيمة كل منهما على حدة[٧]، وقد قضت محكمة النقض المدنى في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٠م، بأنه: إذا أوضح الحكم في أسبابه عناصر الضرر الذي لحق المطعون عليه بسبب خطأ الطاعن، وبين وجه أحقيته في التعويض عن كل عنصر منها فإنه لايعيبه تقدير تعويض اجمالى على تلك العناصر، اذلا يوجد في القانون نص معين يلزم باتباع معايير معينة في خصوصة[٨]، وإذا وصف الحكم الضرر الذي قضى بالتعويض عنه: بإنه ضرر أدبى، فلايجوز النعي عليه بإنه الضرر المذكور ضرر مادي لأن هذا النعي غير منتج مادام المضرر نفسه هو الذي يطالب بتعويض هذا الضرر[٩].

**٤٣٠ ـ ثانيا: مقدار التعويض في الضر الادبي:**

والأصل الذي يحكم مقدار التعويض يتمثل في أنه يجب أن يكون مساويا قيمة الضرر المباشر، فلا ينقص عنها ولايزيد[١٠]، ويبدو ان المراد بالمساواة هى المساواة التقريبية، والا فان تعويض الضرر على نحو يحقق المساواة الكاملة بينه وبين التعويض أمرا بعيد الاحتمال، ان المقصد من التعويض هو جبر الضرر كله بحيث يتحمل المعتدى نتائج التعدى، ومن المعروف ان الاضرار تختلف فيما بينها في يسر تقويمها فالاصابات البدنية أو الأدبية، تنطوى على صعوبة بالغة فى تقدير التعويض عنها، وهو مايجعل التعويض المساوى على نحو كامل في مجال التطبيق العملى أمرا فوق طاقة

---

(٧) المرجع نفسه ـ ص ٥٣٩.

(٨) مجموعة أحكام النقض المدنى ٢١-١١٨٩-١٩٤، وراجع في هذا المعنى: نقض مدنى في ١٧/٤/١٩٤٧، فهرس أحكام النقض المدنى في ربع قرن ـ جـ ١ ص ٢٦١، ونقض مدنى في ١٧/٣/١٩٥٢م، مجموعة أحكام النقض ٣-٦٩٣-١١٩، ونقض مدنى ١٩/١٢/١٩٧٧ المجموعة - ٢٨-١٨٣٢-٣١٣، ونقض مدنى في ٢٧/٣/١٩٧٩م، المجموعة ٣٠-٩٤١-١٧٥.

(٩) نقض مدنى في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥، المجموعة ١٦-٩٣٩-١٤٩

(١٠) د. سليمان مرقس ـ السابق ص ٥٤١.

المحاكم والهيئات القضائية، اذ كيف يتسنى لقاض أو خبير او عدد منهم أن يصل إلى تقويم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسئول، ومع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله واخفاقه أو نجاحه في هذا العمل، ثم كيف يمكن جبر تلك الآلام النفسية، ان ما يعلنه التفكير القانونى الحديث من أن المقصد من وراء تقرير التعويض هو محو آثار العدوان كلية ورفع الضرر بالكامل، والعودة بالمتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أمر غير مسلم به على اطلاقه[11].

ومن ثم وجب أن يصرف معنى التعويض إلى المعنى التقريبى له، وليست المساواة المطلقة بينه وبين الضرر، وفي اطار هذا المعنى يجب أن يقدر القاضى التعويض تقديرا يكفى لجبر الضرر واعادة المضرور إلى حالة مثل حالته التي كان عليها قبل وقوع الفعل الضار، على أن يقترن هذا التقدير ببيان عناصر الضرر، ومؤدى ذلك ان يقدر التعويض بقيمة الضرر كما آل اليه وقت الحكم بحسب ما إذا كان قد تفاقم أو تناقص، وبحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت [12] وقد نصت محكمة النقض على ذلك في حكم لها جاء فيه: إذا كان الضرر متغيرا، تعين على القاضى عند الحكم بالتعويض النظر في هذا الضرر. لاكما كان عندما وقع، بل كما صار اليه عند الحكم مراعيا التغيير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى الخطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ومراعيا كذلك التغير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه، وزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها . . . إلى أن قالت المحكمة: وهذا النظر في جملته مؤيد بالمادة (١٩٣ مرافعات) فيما تجيزه من اضافة التعويض المستجد من تاريخ الحكم الابتدائي إلى التعويض الاصلى استثناء من القاعدة التي تمنع من قبول طلبات جديدة لأول مرة

---

(١١) في هذا المعنى: د. محمد أحمد سراج ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٣١ وما بعدها.

(١٢) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٤٢، د. عبدالمنعم فرج الصده ـ السابق ـ ص ٥٢٣ وما بعدها، د. محمد كامل مرسى ـ في الالتزام ـ جـ ٢ ـ فقرة ٩٨ ـ طبعة ١٩٥٥، د. أحمد سلامه ـ مذكرات في نظرية الالتزام ـ فقرة ١٩٥ ـ طبعة ١٩٨١، والوسيط للسنهورى ـ السابق ـ ص ٩٧٧، د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٥١٣، حيث أشار إلى اتجاهات الفقه في كل من فرنسا ومصر إلى الوقت الذي يجب أن يعتد فيه بتقويم الضرر، وراجع: د. عبدالرازق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٩٦.

في الاستئناف[١٣].

ويدخل هذا التقدير في سلطة قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض الا إذا بنى على أسباب غير سائغة، ولا يجوز أن يقدر التعويض بأقل من قيمة الضرر الا إذا وجد القاضي مسوغا لذلك كما في اصابات العمل حيث حدد المشرع التعويضات المختلفة تحديدا جزافا قد لايصل إلى جبر كل الضرر وكما في حالة الخطأ المشترك حيث يتعين خفض مقدار التعويض بقدر مسئولية المصاب نفسه، واشتراكه في حدوث الضرر، ويجوز للقاضي أن يحكم بتعويض مؤقت عند عدم تبينه مدى الضرر المستقبل قبل تحققه، ويكون للمصاب الحق في استكماله بعد تحقق زيادة الضرر وفقا لما تنص عليه المادة (١٧٠ مدني). وكذلك الامر إذا طلب المضرور الحكم له بتعويض مؤقت مع الاحتفاظ بحقه في التعويض الكامل[١٤].

وكما لايجوز أن يكون مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر، كذلك لايجوز أن يفيد المضرور من الفعل الضار تعويضا أكثر مما يلزم لجبر الضرر أو يجعله في حال خيرا من الحال التي كان عليها قبله، لما هو مقرر من عدم جواز اثراء المضرور على حساب المسئول[١٥].

**٤٣١ ــ ثالثا: مراعاة الظروف الملابسة في تقدير التعويض:**

ومن العوامل التي تؤثر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الملابسات التي

(١٣) حكم محكمة النقض في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧م، مشار اليه في حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٥٦١ وما بعدها. ويلاحظ أن ربط التعويض بارتفاع ثمن النقد وانخفاضه، وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر، هو الذي الجأ المحاكم الفرنسية ـ حتى تضمن استمرار التعادل بين الضرر والتعويض ـ ان تربط الايراد المرتب بمقياس أسعار المعيشة، بحيث يرتفع مقدار الايراد المرتب مع ارتفاع معدل الاسعار. راجع: د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ٥٤٢ هامش (٨٧)، د. توفيق حسن فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٨، د. جميل الشرقاوي ـ السابق ـ ص ٥٠٤، د. اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ١١٤.

(١٤) د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ٥٤٥، والاحكام المشار اليها في الهامش،

(١٥) د. أنور سلطان ـ المرجع نفسه ـ ص ٣٥٩، د. عبدالحي حجازي ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٠٩، والوسيط للسنهوري ـ السابق ـ ص ٩٧٢، د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٤٦، د. احمد حشمت أبو ستيت ـ السابق ـ ص ٤٦٠، د. عبدالمنعم فرج الصده ـ السابق.

تصاحب حصوله، والظروف التي ينشأ فيها، ذلك انه رغم ما توصى به نصوص القانون، وما استقر عليه الفقه التقليدي من أن التعويض يجب أن يكون كاملا، الا أن القضاء استنادا منه إلى سلطته المطلقة في تقدير التعويض دون رقابة من محكمة النقض، يتجه مع ذلك إلى جبر الضرر بتعويض عادل وليس بتعويض كامل، وذلك من خلال مراعاة الظروف الملابسة، بما تتضمنه من اعتداد بثروة الطرفين، وعدم جسامة الخطأ، وسلوك المعتدى عليه تجاه المعتدى.

٤٣٢ ـ أ ـ *أما عن الاعتداد بثروة الطرفين:*

فانه رغم أن المبدأ التقليدي يقضى بأن وظيفة التعويض هى جبر الضرر وليس عقاب المسئول، وبالتالي لايعنينا أن يكون المسئول أو المضرور فقيرا أوغنيا، أو أن يؤدى التعويض إلى انهيار المسئول أو يكون غير ذى أثر عليه، أو يكون قليل القيمة بالنسبة إلى ثراء المضرور، الا ان الواقع العملى يدعو القضاة إلى الاعتداد بثروة طرفى المسئولية عند تقدير التعويض(١٦)، باعتبار أن هذه المسألة تحكمية تخضع لتقديرهم، وخاصة فيما يتعلق بتعويض الضرر الأدبي، حيث لايتقيد القاضى بمعايير مادية، وحيث لايتعلق الامر بضرر مالى يقبل التقييم(١٧).

ويبدو أن التأثر بمدى ثروة المضرور والمسئول عند تقدير التعويض يلقى سندا تشريعيا في القانون المصرى، ذلك ان نص المادة (١٧٠) مدنى يقضى بأن يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر مراعيا في ذلك الظروف الملابسة، وقد مر هذا النص بعدة مراحل في صياغته، وفي البداية كان يتضمن: وجوب مراعاة الظروف ودرجة الخطأ (١٨)، ثم استبدلت هذه العبارة، بعبارة الظروف الملابسة، لأن جسامة

---

(١٦) د. محمد ابراهيم دسوقي ـ السابق ـ ص ٣١٧ ـ والمراجع المشار اليها فيه.

(١٧) المرجع والمكان السابقان، ومازووتنك ـ المرجع السابق ـ جـ ٣. فقرة ٣١٤ ـ ومارتى ورينو ـ السابق فقرة ٥٣٩.

(١٨) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٥٠، د. السنهورى ـ الوسيط جـ ١ فقرة ٦٥٦ هامش (١)، حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ المسئولية المدنية ـ ص ٥٦٢. ويرى الاستاذ الدكتور السنهورى: ان المراد بالظروف الملابسة هى الظروف التي تلابس المضرور، وليست الظروف التي تلابس المسئول، فيجب ان يدخل في اعتبار القاضى ما أصاب المضرور وما أفاده بسبب =

الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف، وقد ورد في المذكرة الايضاحية: يكفى ان يشار في هذا المقام إلى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار، وينبغى أن يعتد في هذا الشأن بجسامة الخطأ، وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف [١٩]، وظروف التشديد والتخفيف اذا لم تكن في جسامة الخطأ، فانها لاتتصور إلى جانب ذلك الا في مدى ثروة المسئول والمضرور، ولذلك فان القضاء يمكن التصريح بمسلكه الواقعى من اعتداده بثروة المسئول والمضرور للوصول إلى عدالة التعويض دون خشية الخروج على روح القانون أو التعرض لنقض الحكم [٢٠].

### ٤٣٣ ــ ب ـ *الاعتداد بدرجة الخطأ*:

كما ينبغى أن يعتد في تقدير التعويض بدرجة الخطأ، فاذا كان الخطأ بسيطا، فان المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف والاعتدال في التعويض، رغم انكار الفقه لهذا المسلك الذي ينطوى على محاباة المسئول على حساب المضرور بسبب عدم جسامة الخطأ، فيحرم من جزء من التعويض لسبب لايدله فيه، وهذا المسلك لايملك الفقه في اجماعه الا التسليم به، وخاصة في مجال التعويض عن الضرر الادبي، ومن ثم يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض مدى انتشار الوسيلة الاعلامية التي تم عن طريقها التعدى على لحق الادبي كالمساس بالسمعة أو الخصوصية [٢١].

= التعويض دون اعتبار لظروفه على الخلاف في الرأى بالنسبة لجسامة الخطأ، السنهورى ـ السابق ـ ص ٦٤٨ ـ وقارن: د. سليمان مرقس ـ المرجع نفسه ـ ص ٥٥٢.

(١٩) راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٣٩٢.

(٢٠) د. محمد ابراهيم دسوقى ـ السابق ـ ص ٣٢٠.

(٢١) د. حسام الدين الاهوانى ـ السابق ـ ص ٤٤٥، وراجع في هذا المعنى: د. محمد ابراهيم دسوقي ـ السابق ـ ص ٣٢١، والوسيط للسنهورى ـ السابق ـ فقرة ٦٤٨، د. عبدالمنعم فرج الصده ـ مصادر الالتزام ـ ص ٥٢٢، حيث يقرر مدى اعتبار درجة الخطأ، د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٦٠ـ طبعة ١٩٥٤م، د. اسماعيل غانم ـ السابق ص ٥١١، د. أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٣٥٩. وراجع: د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٢٥، حيث يرى: ان قصد المشرع واضح في وجوب إقامة وزن في تقدير التعويض لجسامة خطأ المسئول كما كا نت تفعل المحاكم في ظل التقنين الملغى، وكذلك لكل ظرف ملابس =

على أن هذا المسلك من جانب القضاء، لايبرره حريته المطلقة في تقدير التعويض بل انه ليستخدم هذه الحرية كوسيلة لتحقيق هدف معين هو عدالة التعويض، فالفقه اذ يتناول تخفيف التعويض في حالة الخطأ اليسير بالنقد وعدم العدالة، فانه يراعى اعتبار المضرور فحسب مع اتخاذ موقف من المسئول الذي مافتىء يوصف في الفقه التقليدي بأنه مذنب، سلك طريق الشر فوجب أن ينال جزاءه كاملا، مع أن العدالة يجب أن تكون مشتركة بين المسئول والمضرور، وهذه النظرة الفقهية التي تقوم على التفرقة بين طرفي المسئولية رسخت بسبب التفرقة بين المسئولية العقدية، والمسئولية التقصيرية مع أن أساس المسئولية المدنية تطور في عمومه، وانتقل من الفكرة الاخلاقية إلى الفكرة الاجتماعية التي تعنى أن كون الفرد مسئولا، لايعنى أنه ارتكب عملا ملوما من الناحية الاخلاقية (٢٢)، ان الخطأ اليسير الذي كان من الممكن تحاشيه بسهولة بعد ارساء قواعد المسئولية المدنية في مطلع القرن الماضي، أصبح اليوم من مستلزمات النشاط بحيث لايمكن القضاء على الخطأ اليسير الا بايقاف نشاط المجتمع، هذا بالاضافة إلى تشابك المعاملات، والتوسع في النشاط الصناعى والنقل واستخدام قوى الطبيعة، فان كل ذلك قد جعل من غير غير المقبول القول بأن المضرور لم يساهم بفعله في وقوع الضرر، كما أن تلك التطورات الحديثة للمسئولية المدنية تحبذ نوعا من المشاركة في تحمل الاضرار بين المضرور والمسئول، للتطور الاجتماعى الذي حصل، والذي جعل من الخطأ اليسير أمرا لايمكن تحاشيه، وتشديد التعويض معه سيكون مرهقا لمن يباشرون نشاطا ضروريا ونافعا للمجتمع كالنقل أو الصناعات الخطرة، ومن ثم كان الاعتداد بمدى جسامة الخطأ في تقدير التعويض أمرا مقبولا (٢٣).

---

= للفعل الضار تقضى العدالة بوجوب مراعاته في تقدير التعويض، سواء كان هذا خاصا بالمضرور أم بالمصاب، سواء كان مما يوجب التشديد أو التخفيف، فيصح أن يقام وزن في تقدير التعويض ليس لما عاد على المسئول أو المضرور من فائدة بسبب الفعل الضار، بل للحالة المالية لهما أيضا.

(٢٢) د. محمد ابراهيم دسوقي - المرجع نفس - ص ٣٢٤.

(٢٣) المرجع السابق - ص ٣٢٤ - وما بعدها، وقارن د. أنور سلطان - المرجع والمكان السابقان، حيث يقرر أنه: وان كانت القاعدة القانونية عند تقدير التعويض، هى عدم الاعتداد بجسامة الخطأ لان المسئولية المدنية لايقصد بها معاقبة المسئول بل تعويض المضرور، الا أنه من الناحية العملية، ونزولا على مقتضيات العدالة يدخل القضاء في حسابه عادة عند تقدير التعويض

### ٤٣٤ ــ جـ ـ *الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه :*

كما أن القاضى وهو بصدد النظر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، لن يستطيع تجاهل الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه في الضرر الادبي، حسبما تقتضيه المادة (١٧٠ من التقنين المدنى)، فالضرر الادبي، الذي يصيب شخصا عاديا يختلف في مداه عن الشخص الذي يحتل مركزا اجتماعيا أو أسريا مرموقا، وكذلك الضرر الادبي الذي يصيب شخصا لايمارس التجارة أو لا يحتل مركزا ماليا معروفا يختلف عن غيره ممن يصيبه الضرر الأدبي في مقتل، حيث يأتى على مركزه المالى بالاضافة إلى مركزه الأدبى[٢٤]، وكذلك الامر فيما يتعلق بالمهنة ودرجة الثقافة، في كل هذه الاحوال وما اليها يجب على القاضى أن يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تلك العناصر الشخصية الخاصة بالمضرور فيكون التقدير ذاتيا، حتى يتسم بالواقعية[٢٥].

. . كذلك أيضا يعد سلوك المعتدى عليه مما يمكن أن يدخل في تقدير التعويض عن الضرر الادبي الذي أصابه، فلو أن المجنى عليه، قد شجع بمسلكه على الاعتداء على حقه الادبي، فان الضرر الذي يصيبه سوف يكون أقل ممن يحرص على المحافظة على حقوقه الأدبية، وهذا التفاوت في التقدير مما يتواءم مع المنطق، لان من فرط في حق نفسه، لايكون حريا بحفظ الغير له[٢٦].

واذا كان التعويض يقاس بمقياس الضرر الذي أصاب المضرور، فان الظروف الشخصية التي تحيط به ينبغي أن يكون لها اعتبار في تقدير التعويض، ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية، فمن كان عصبيا فان الانزعاج الذي يتولاه

---

= درجة جسامة الخطأ الواقع من المسئول، ومع ذلك فهناك حالة يعتد فيها بجسامة الخطأ، وهى حالة تعدد المسئولين فإذا تعدد المسئولون عن الضرر، وكان من بينهم المضرور جاز توزيع المسئولية فيما بينهم بحسب جسامة الخطأ الواقع من كل منهم (المادتان ١٦٩، ٢١٦ مدنى).

(٢٤) ومثل ذلك اطلاق اشاعة كاذبة عن أمانة شخص وهو على وشك انجاز صفقة هامة فتؤدى إلى عدم اتمامها. راجع : د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٥٠١، د. توفيق فرج ـ السابق ـ ص ٣٦٨، د. اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ١١٦.

(٢٥) حسين عامر وعبدالرحيم عامر ـ السابق ـ ص ٥٤١ وما بعدها، د. عبدالمنعم فرج الصدة ـ السابق ـ ص ٥٢٢، د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٥٤٨ وما بعدها.

(٢٦) في هذا المعنى : د. حسام الدين الاهوانى ـ حق الخصوصية ـ ص ٤٤٥.

من حادث يكـون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصا سليم الاعصاب، ومن كان مريضا بالسكر ويصاب بجرح، فان هذا الجرح تكون خطورته أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصيب السليم [٢٧].

كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية، فمن يعول زوجة واطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الاعزب الذي لايعول الا نفسه، ويدخل أيضا في الاعتبار حالة المضرور المالية، وليس ذلـك معنـاه أن المضرور اذا كان غنيا كان أقـل حاجـة إلى التعويض من الفقير، فالضرر واحد سواء اصاب غنيا أو فقيرا، وان الذي يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الاصابة التي لحقته، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيق به أشد.

كما يدخل أيضا في الاعتبار حالة المضرور المهنية، فالحريق الذي يصيب بناء اتخذه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضررا أشد مما يصيب شخصا اتخذه مسكنا له، ويختلف الضرر باختلاف المهنة، فمرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى [٢٨]، كما أن أقـل تشـويه في الوجه قد يصيب مذيعة تلفاز بضرر أكثر من عاملة مصنع، وضعف البصر قد يصيب الـرسـام أو السـاعـاتى بضـرر أكثـر ممـن يعمـل بمهنـة أخـرى وهكـذا [٢٩].

---

(٢٧) راجع في هذا المعنى: التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعى والفقه الاسلامي - للدكتور سعيد عبدالسلام - ص ١٨٤ وما بعدها - مؤسسة شباب الجامعة سنة ١٩٩٠م.

(٢٨) المرجع السابق - ص ١٨٥ - هامش (٤).

(٢٩) د. محمود جمال الدين زكى - مصادر الالتزام - فقرة ٢٢٨ - طبعة ١٩٦٨م.

## ( المبحث الثاني )
## كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي
## في الفقه الاسلامـــي

٤٣٥ ــ تقدير التعويض هو الأداءة الرئيسية لتحقيق العدل، وبعث الطمأنينة في النفس، ونزع الغل من القلب، ولهذه العوامل أثرها في استقرار حياة الأفراد والمجتمع، وأداة يترتب عليهـا مثـل تلك الآثـار الخـطيرة، لم يشـأ التشريع الاسلامي أن يترك الاستبداد بها لجهة واحدة، وانما وزع اختصاصاتها على جهات متعددة بها يمكن معه تحقيق غايات التعويض في أبلغ صورة وأحسن حالة. ولذلك كان تقدير التعويض في بعض صور الضرر الادبي لنص الشارع، أو لحكومة العدل، وفي بعضها الآخر لارادة الطرفين، ويمكن ارجاع هذه الوسائل إلى وسائل ارادية، ووسائل غير ارادية.

### ( الفرع الأول )
### التقدير غير الإدارى لتعويض الضرر الأدبي

والوسائل غير الارادية تتمثل في تقدير التعويض بنص الشارع، أو تقديره من خلال حكومة العدل، حيث لادخل لارادة المضرور أو المعتدى في التقدير.

٤٣٦ ــ *أولا: تقدير التعويض بنص الشارع:*

ينبغى ونحن نبحث عن كيفية تقدير التعويض عن الضرر الادبي، ان نستبعد من مجال دراستنا، الجزاءات الجنائية، وبصفة خاصة القصاص، لان محل دراستنا هى الجزاءات التعويضية التي تقوم على تقدير ما يقابل الضرر المعنوى الذي أحدثه المسئول للمضرور، والجزاء الجنائى يغلب عليه طابع الردع، لان المعتدى عليه قد لايرى تنفيذه في حال فوات نفسه بالجناية، اذ الميت لايستفيد من القصاص شيئا وانما الذي يستفيد منه هو المجتمع، حيث يحفظ عليه أمنه وحياته، فالقصاص من هذه الناحية يغلب عليه الطابع العام، والتعويض يغلب عليه الطابع الخاص ولذلك ينبغى أن يتحدد مجال الدراسة باطاره.

**٤٣٧ ـ مجال تقدير التعويض بنص الشارع:**

ومجال تقدير التعويض بنص الشارع مرتبط بالعدوان على حق الانسان في سلامة جسده، لان جسد الانسان وعاء لحياته، والحياة ملك لله عزوجل، فكان من الملائم لذلك، أن يقدر مدى ما يعوض اصابة ذلك الجسد الذي خلقه بقدرته، وأوجد فيه من المكنات والمواهب مالا يقدر أحد على منازعته فيها أو محاكاتها، ان أحدا من البشر لم يستطيع حتى وقتنا هذا، ولن يستطيع أبدا أن يخلق انسانا أو حتى ذبابة، لان الخلق من اختصاص الله عزوجل، فالله هو الخالق، قال تعالى: ﴿الله خالق كل شيء وهو على كل شيء وكيل﴾ [1]، وقال تعالى: ﴿هو الله الخالق البارىء المصور له الأسماء الحسنى﴾[2]، وقال تعالى: ﴿ذلك الله ربكم خالق كل شيء لا اله الله هو﴾[3]، وقال تعالى: ﴿فتبارك الله أحسن الخالقين﴾[4]، وإذا كان الخلق من اختصاص الله عزوجل، كان من مقتضي ذلك أن يكون له التفرد بتقدير مايجبر التلف الواقع على البنية التي تأتلف منها صنعته، ولذلك ورد تقدير التعويض عن الاضرار التي تمس سلامة الجسد بنص الشارع، ولذلك ورد النص على تقدير الدية وهى التعويض المقدر بالنص بدلا عن فوات النفس، على النحو الذي ورد في كتاب الله الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، وعلى النحو الذي تكفلت ببيانه كتب الفروع.

**٤٣٨ ـ تعويض النفس والمنافع والأطراف:**

أما بالنسبة لفوات النفس وتفويض البنية وضياع السلامة بالكلية، فقد قدر الشارع لذلك الحق الفائت الدية كاملة، والدية في اصطلاح الفقهاء: هى اسم لضمان يجب بمقابلة نفس الآدمى أو ما في حكمها من معانى النفس التي يجب بها دية كاملة[5]، وقد ورد تقدير الدية في سنة النبي صلى الله عليه وسلم بأحاديث كثيرة أشهرها حديث

---

(١) سورة الزمر ـ آية ٦٢.

(٢) سورة الحشر ـ آية ٢٤.

(٣) سورة غافر ـ آية ٦٢.

(٤) سورة المؤمنون ـ آية ١٤.

(٥) تكملة فتح القدير ـ جـ ٨ ـ ص ٣٠١، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ـ ص ٢٥٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٦٦ ونهاية المحتاج ـ جـ ٧ ـ ص ٢٩٩، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه ـ جـ ٧ ـ ص ٢٢٨.

عمرو بن حزم في الديات، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن كتابا فيه الفرائض والسنن والديات، وقد جاء فيه: ان من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة، فانه قود الا أن يرضى أولياء المقتول، وان في النفس الدية مائة من الابل، وفي الانف إذا أوعب جدعة الدية، وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية، وفي الذكر الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الصلب الدية، وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلبة خمس عشر من الإبل وفي كل اصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل، وفي السن خمس من الابل وفي الموضحة خمس من الابل، وان الرجل يقتل بالمرأة وأن على أهل الذهب ألف دينار[٦].

وقد روى ان عمر قام خطيبا في الناس فقال: الا أن الابل قد غلت، فقوّم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفا، وعلى أهل البقر مائتى بقرة، وعلى أهل الشاة الفى شاة، وعلى أهل الحلل مائتى حلة[٧]، وأخرج أبو داود مثله عن جابر بن عبدالله قال: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الابل مائة من الابل... الخ[٨].

٤٣٩ ــ وقد دلت الاحاديث والآثار على أن ضمان النفس له مقدار محدد شرعا من المال، وهو على نحو ما ورد في كتاب عمرو بن حزم: مائة من الابل، أو الف دينار أو اثنا عشر ألف درهم أو مائتا بقرة، أو ألف شاة، أو مائتا حلة، وتجزىء في هذه الاشياء قيمتها، كما قدرت للأطراف مقدارا معينا، والقاعدة فيه ان ماكان في البدن منه واحد، ففى فقده كل الدية، وما في البدن منه اثنان، ففي التعدى على واحد منهما نصف الدية، وما في البدن منه عشرة ففي ضياع احداها عشر الدية وهكذا، أما معانى النفس كالشم والذوق والكلام، والصلب، وغيرها من المعانى التي تبقى أعيانها دون فائدة، ففي ضياعها كل الدية، وهكذا.

(٦) أخرجه أبو داود في المراسل والنسائي وابن خزيمة وابن حبان وأحمد واختلفوا في صحته. راجع: سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٤٦٨، ونيل الاوطار للشوكاني ـ جـ ٧ ـ ص ٦٤ وما بعدها، جواهر الاخبار والاثار على البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٧١ ـ مؤسسة الرسالة ببيروت.

(٧) نصب الراية ـ جـ ٤ ـ ص ٣٦٢.

(٨) المرجع نفسه ـ ص ٣٦٣.

ويلاحظ ان التقدير في هذه المواطن قد تم بنص الشارع وبناء على ماورد بشأنها في سنة النبي صلى الله عليه وسلم، واستقر عليه اجماع العلماء[٩]، وبها يغنى الرجوع في تفصيلاتها وبيانها إلى كتب الفروع عن تفصيلها في هذا المقام، ولكن ما نود أن نشير اليه وتقتضيه الدراسة في هذا المقام ما يلي:

٤٤٠ ـ ١ ـ *فقد الحياة أو ضياع معانى الجسد:*

ويبدو مما قررته الاصول الشرعية القاضية بتحديد التعويض عن سلامة الجسم، ان هذا التعويض قد ورد بشأن السلامة الجسدية إذا فقدت بالتعدى، وانتهت بالموت، وهو مايتخذ في اصطلاح الفقهاء اسم الدية، التي تستحق بمقدارها الكامل والمحددة سلفا في حالتين:

٤٤١ ـ *الاولى: إذا فقدت النفس كاملة من جراء التعدى:*

وذلك الاستحقاق سيكون مرهونا بتوافر شروط هذا الاستحقاق من كون فوات السلامة الجسدية قد ورد على سبيل الخطأ من المعتدى، كما قال الله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الا أن يصدقوا﴾، أو كان محددا عن طريق الصلح إذا كان فوات النفس قد جاء على سبيل العمد وتراضى أولياء المقتول على الدية أو إذا كان شرط من شروط توقيع القصاص على المعتدى غير متوافر، في هذه الحالات يكون استحقاق مقدار الدية كاملا أمرا مقررا.

٤٤٢ ـ *الثانية: فقد المعانى أو محالها بالكلية:*

وتجب الدية كاملة إذا فقد معنى من معانى الحياة التي أوجدها الله في جسم الانسان والتي تتعلق بمحال معينة فيه، فالبصر معنى من المعانى يتعلق بالعين، والسمع معنى من المعانى يتعلق بالاذن، وكذلك الامر فيما يتعلق بالشم والذوق، والكلام والعقل والصلب والجماع، هذه معان تتعلق بمحال، وإذا أسفر التعدى عن ضياع المعنى كلية، أو ضياع محله كله، تجب فيه دية كاملة كالنفس[١٠]، ويتجزأ القدر المستحق من

---

(٩) راجع: المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٥٩.

(١٠) راجع في تفصيل ذلك: بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣١١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٧٢، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٧٦ وما بعدها، وكشاف القناع ـ جـ ٦ ـ ص ٤٧.

الدية بمقدار مافقد من المعنى أو محله، فلو ضاعت عين واحدة، يجب نصف الدية، ولو فقد البصر مع بقاء العينين بقاء ماديا لاترى، يجب دية كاملة، ويلحق بفقد المعانى مالا نظير له في البدن إذا أودت به الجناية، وذلك كالانف واللسان، والذكر أو الحشفة، والصلب إذا انقطع المنى، ومسلك البول، ومسلك الغائط، والجلد وشعر الرأس وشعر اللحية إذا لم ينبت، وكذلك شعر الحاجبين، فان كل تلك المحال إذا فقدت من جسم الانسان بالتعدى تجب فيها دية كاملة على خلاف بين الفقهاء في ذلك[١١].

فالقاعدة في تقدير الواجب أن تفويت النفس، أو تفويت جنس المنفعة على الكمال أو ازالة جمال مقصود في الآدمى على الكمال يوجب كل الدية باعتباره نوع اتلاف للنفس فيلحق به، وعلى هذا فما كان قائما من المنافع بعضو واحد ففي اتلاف هذا العضو الدية كاملة، وما كان قائما بعضوين ففي اتلاف احدهما نصفها، وما كان قائمة بأربعة، ففي اتلاف أحد هذه الاعضاء ربع الدية، وما كان قائما بعشرة ففي اتلاف أحدها العشر[١٢].

## ٤٤٣ ـ فقد الأعضاء واحداث الجروح :

وإذا كانت الدية تجب كاملة لفوات النفس أو معانيها، أو محال المعانى كاملة كالعينين والأذنين، واليدين، والرجلين، فان مقدار المستحق من الدية يتجزأ، على عدد أفراد المحال في جسم الانسان، وفي هذا الصدد يسمى المستحق عن الطرف الذي أودى به التعدى ارشا.

والأرش: هو العقوبة المحددة شرعا لفوات ما دون النفس من الاطراف واحداث

(١١) راجع في تفصيل ذلك: بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣١١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٧٢، والمهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ٢٠٠، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٦١، وكشاف القناع ـ جـ ٦ ـ ص ٣٧ وما بعدها، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ١ وما بعدها ـ طبعة مكتبة الرياض الحديثة.
وكذلك الامر فيما يتعلق بضياع الاسنان كلها تجب فيها الدية كاملة، وفي السن الواحد خمس من الابل، راجع في تفصيل ذلك وبيان أدلته: المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢١.

(١٢) راجع د. محمد سراج ـ ضمان العدوان ـ ص ٤٤٩.

الجروح [١٣]، والقاعدة بالنسبة لفقد الاعضاء ان مقدار التعويض المستحق شرعا يتجزأ بتجزأ المحال:

فالأعضاء التي في البدن منها أثنان كاليدين والرجلين والعينين والاذنين والشفتين والحاجبين إذا ذهب شعرهما نهائيا ولم ينبت، والثديين والحلمتين، إذا ذهب واحد منها تجب فيه نصف الدية.

وما في البدن منه أربعة كاشفار العينين وهي حروف الاجفان التي ينبت عليها الشعر، ففي كل واحد منها ربع الدية، وفي اثنين منها نصف الدية وما في البدن منه عشرة وهو أصابع اليدين وأصابع الرجلين عشر الدية وفي كل أنملة ثلث دية الأصبع، الا أنملة الأبهام ففيها نصف ديتها ولا يفضل أصبع على أصبع لقول النبي صلى الله عليه وسلم: في كل اصبع عشر من الابل، وفي كل سن خمس من الابل، والاصابع سواء والاسنان سواء [١٤].

## ٤٤٤ ـ التقدير المحدد لتعويض الجروح والشجاج:

يفرق الفقهاء بين الجروح والشجاج على أساس محالها، فمحال الجروح سائر البدن ماعدا الوجه والرأس، ومحال الشجاج، الرأس والوجه، والأرش المقدر عن الشجاج والجروح يختلف باختلاف نوع الجرح أو الشجة ففي الموضحة، وهي التي توضح العظم

(١٣) يطلق الحنفية الارش على الواجب فيما دون النفس، والدية على بدل النفس، راجع: تكملة فتح القدير ـ جـ ٨ ـ ص ٣٠١، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٤٠٦، والشافعية يدخلون معنى الارش تحت مسمى الدية، لانها عندهم: المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو مادونها، ورأيهم أوفق، لان الدية الكاملة تجب في أحيان كثيرة بالاعتداء على ما دون النفس، على نحو مارأينا، راجع: مغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٥٣، وبعض الحنفية يعرفون الدية بأنها: اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه، راجع: تكملة فتح القدير ـ المكان السابق.

(١٤) رواه الخمسة الا الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وراجع: بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣١١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٧٧، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٦٢، والمغنى لابن قدامه ـ جـ ٨ ـ ص ٧، كما يجب في السن خمس من الابل، ابن قدامة ـ المرجع نفسه ـ ص ٢١ وما بعدها.

في الرأس أو الجسم (١٥): خمس من الابل أى نصف عشر الدية، وفي الهاشمة، وهي التي تهشم العظم عشر من الابل، أى عشر الدية وفي المنقلة، وهى التي تنقل العظم خمس عشرة من الابل، وفي الآمة التي تصل إلى جلدة الدماغ تحت العظم ثلث الدية وكـذلـك الـدامغة، وهي التي تخرق غشاء الدماغ وتصل اليه، وكذلك الجائفة من الجروح وهي التي تصل إلى جوف الانسان من الصدر أو البطن أو الظهر او الجنبين أو ما بين الانثيين أو الدبر والحلق، ولا تكون الجائفة في اليدين ولا في الرجلين ولا في الرقبة، لان الجرح لايصل إلى الجوف من تلك الاماكن.

## ٤٤٥ ــ مقومات التقدير المحدد بالنص:

ويقـوم تقـدير التعـويض المستحق عن فوات السلامة الجسدية على أمرين هما: المساواة في تقدير المستحق عن التعدى الحاصل عند اتحاد مقداره، دون اعتبار لمحله، اذ الفـرض ان المحل متحد بالنسبة لسلامة البدن عند كل انسان بحسب الاصل، ففوات النفس مقداره واحد، وكذلك مقدار المستحق بسبب فوات المنفعة أو ضياع الأطراف أو الأعضاء، حيث لايختلف المقدار من انسان لآخر أصلا، ولكن اعتبار المساواة في التقدير لايمنع من اعتبار آخر لايقل عنه أهمية، وهو اعتبار العدالة، وليقوم التقدير على المساواة والعدل. إن اعتبار العدالة في تقدير التعويض ليمثل أهمية بالغة في اضفاء نوع من الفاعلية له تتواءم مع تحقيق معنى الردع الذي يجب أن يتسم به التعويض، ولذلك كان اعتبار التشديد في التقدير قائما، طالما كان له مبرر.

### زيادة الألم تستوجب زيادة التقدير:

ومعنى العدالة في التقدير يقتضى زيادته، إذا قامت أسباب تستوجب تلك الزيادة، ولذلك ورد النص على تغليظ الدية في قتل العمد لجسامة العدوان فيه، فتجب مثلثة عنـد المـالكية والشافعية، ومحمد بن الحسن من الحنفية، أى ثلاثون حقه، وثلاثون جذعه وأربعون خلفه (أى حاملا)، ودليلهم ما روى عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الا أن قتيل الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا، وفيه

(١٥) يرى جمهور الفقهاء، ومنهم أئمة المذاهب الاربعة، انه ليس في موضحة غير الرأس والوجه ارش مقدر، لقول الخليفتين الراشدين: الموضحة في الوجه والرأس، راجع: المغنى ـ جـ ٨ ـ ص ٤٤

مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها[١٦]، وبما أخرجه أبو داود والترمذى من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم: الدية ثلاثون حقه، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة في بطونها أولادها [١٧]، والمراد بالدية في الحديث الدية المغلظة[١٨]، وعند الحنفية والحنابلة الدية المغلظة تؤخذ أرباعا: خمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون حقه، وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض، وذلك لما رواه الزهرى عن السائب بن يزيد قال: كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعا: خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقه، وخمسا وعشرين بنت لبنون، وخمسا وعشرين بنت مخاض، وقضى بذلك ابن مسعود[١٩].

٤٤٦ ــ وهذا التقدير يختلف عن مثيله الواجب في الدية المخففة، والتي تكون في جريمة أخف كالقتل الخطأ، حيث تجب مخمسة باتفاق المذاهب، لما رواه ابن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: في دية الخطأ عشرون حقه، وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض[٢٠]، وهذا التقدير يؤدى إلى زيادة القيمة الواجبة من تقدير الدية لاختلاف قيمة الواجب بالزيادة في المثلثة عنه في المخمسة، وهذه الزيادة في القيمة يمكن أن تتخذ أساسا لضبط قيمة الواجب في تقدير الدية بالذهب أو الفضة أو النقود بصفة عامة، حتى إن فقهاء المالكية قد

---

(١٦) رواه الخمسة الا الترمذى، راجع: نيل الاوطار ـ للشوكانى ـ جـ ٧ ـ ص ٢٤، وما بعدها، وسبل السلام للصنعانى ـ جـ ٣ ـ ص ٤٨٠، وجواهر الاخبار والاثار على البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٧٣.

(١٧) سبل السلام ـ السابق ـ ص ٤٧٨ ـ وجواهر الاخبار ـ المكان السابق.

(١٨) سبل السلام ـ المكان السابق.

(١٩) بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥٤، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٦٦.

(٢٠) أخرجه الدار قطنى، وأخرجه الاربعة بلفظ: وعشرون بنو مخاض بدل من بنى لبون، واسناد الاولى أقوى، راجع: سبل السلام ـ جـ ٣ ـ ص ٤٧٧.
والحقه هي التي دخلت في السنة الرابعة، والجذعة هي التي دخلت في السنة الخامسة، وبنت اللبون هي التي دخلت في السنة الثالثة، وبنت المخاض هي التي دخلت في السنة الثانية.
وراجع: بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥٤، بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٠٢، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٥٤، والمغنى لابن قدامه ـ جـ ٧ ـ ص ٧٧٩ ومابعدها.

ضبطوا قيمة الزيادة في الدية المغلطة بنسبة الفرق بين الديتين المخففة والمغلظة ومن المعروف ان قيمة نوعيات الواجب في الدية المثلثة، وخاصة الحوامل منها أعلى من غيرها، مما يقطع بوجود فرق واضح في قيمة الواجب في كلا التقديرين، فلو ان قيمة المثلثة تساوى مائة وعشرين، وقيمة المخففة بعد تأجيلها إلى ثلاث سنين، كما هو مقرر، يساوى مائة، فان الفرق بين القيمتين يكون مقدار الزيادة الواجبة في تقدير التعويض، وهذا المبلغ هو الذي يمثل قيمة الزيادة[٢١]، وربط الزيادة بالالم لم يقتضى ابراز مسألتين: الاولى مقدار الزيادة الواردة في التقدير المنصوص عليه، والثانية، الظروف التي تستحق فيها تلك الزيادة.

**٤٤٧ ــ المسألة الاولى: مقدار الزيادة الواردة في التقدير:**

ويبدو من خلال ما ذكره الفقهاء في تقدير الواجب في كل من الدية المغلظة والمخففة ان فرق القيمة بين التقديرين يمثل مقدار الزيادة الواجبة في تلك الحالة، إلا أن هناك تقديرا آخر للزيادة أثر عن عثمان رضي الله عنه، حيث قضى في امرأة وطئت بالاقدام في الطواف بستة آلاف، والفين تغليظا للحرم فمقدار الواجب هنا: الفان ورد النص عليهما صراحة[٢٢]، وعن ابن عمر أنه قال: من قتل في الحرم أو في الشهر الحرام أو ذا رحم محرم، فعليه دية وثلث[٢٣]، وعن ابن عباس ان رجلا قتل في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال: ديته اثنا عشر الفا، وللشهر الحرام أربعة آلاف، وللبلد الحرام أربعة آلاف، يقول ابن قدامة: وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت اجماعا.

**٤٤٨ ــ المسألة الثانية: ظروف استحقاق زيادة التقدير:**

وتتحدد المواطن التي تستحق فيها تلك الزيادة بعدد من الظروف التي تبرز دراستها أن وجود تلك الزيادة تقترن بما يحيط وقوع التعدى في تلك الظروف من زيادة الألم

---

(٢١) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٦٧، وبداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤١١، وجمهور فقهاء الحنفية لاتغليظ عندهم الا في الدية المقدرة بالابل خاصة، راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ لابن نجيم ـ جـ ٨ ـ ص ٣٧٣ـ طبعة دار المعرفة ببيروت.

(٢٢) المغنى ـ لابن قدامة ـ جـ ٧ ص ٧٧٣. وراجع: ارواء الغليل ـ جـ ٧ ـ ص ٣١٠.

(٢٣) المرجع والمكان السابقان، وارواء الغليل ـ جـ ٧ ـ ص ٣١١، وقارن ماذهب اليه صاحب البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٧٣، حيث يرى: ان القتل في الحرم أو في الاشهر الحرم أو قتل ذى الرحم والعمدية المحضة تستوجب التشديد بوجوب الدية كلها أثلاثا.

الحاصل منه، وهذه الظروف قد ترتبط بالمعتدى عليه في سلامة جسده، وقد تقترن بظروف التعدى الزمانية والمكانية، وقد تقترن بمقدار الضرر الناشيء عن التعدى ونشير إلى ذلك بشيء من التفصيل:

٤٤٩ ـ أ ـ *الظروف المرتبطة بالمعتدى عليه:*

قد يكون المعتدى عليه في سلامة جسده قريبا للمعتدى، وقد تكون هذه القرابة قوية لدرجة تفرض على صاحبها واجب الحرص الزائد والعناية الخاصة، فلو أن هذا المعنى قد انقلب إلى نقيضه، يكون ذلك التحول ذا مغزى في زيادة تقدير التعويض، ولهذا المعنى قضى فقهاء المالكية بوجوب الدية مغلظة على الأب إذا قتل ولده[٢٤]، وكذلك الامر فيما يتعلق بالتعدى على حياة ذى الرحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث[٢٥]، وذلك مارآه الشافعية[٢٦]، وقد روى ان رجلا قتل رجلا من أهل الذمة عمدا ورفع إلى عثمان رضى الله عنه فلم يقتله، وغلظ عليه الدية مثل دية المسلم[٢٧].

٤٥٠ ـ ب ـ *ظروف التعدى الزمانية والمكانية:*

ومن الظروف التي تقتضى التشديد ظروف التعدى الزمانية والمكانية، حيث ان وقوع التعدى في زمان أو مكان مفضلين يقتضى زيادة التقدير، ولهذا ورد النص على زيادة الواجب بفوات السلامة كلية إذا وقع التعدى في الحرم تحقيقا لمعنى الامن فيه وتشديدا على من تسول له نفسه التعدى على غيره في رحابه، ان مكان المحرم يجب ان يكون مكان أمن وطمأنينة، حتى يجد المؤمنون في رحابه أسباب التفرغ الكامل لعبادة الله تعالى، وتحقيقا لهذا المعنى شدد الشارع في المؤاخذة على من يعتدى بجواره، وورد مايدل على هذا المعنى في حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: ان أعتى الناس على الله ثلاثة: من قتل في حرم الله، أو قتل غير قاتله، أو لذحل الجاهلية[٢٨]، ولذلك ذهب الشافعية إلى التغليظ في الدية لمن قتل في الحرم أو

---

(٢٤) بداية المجتهد ـ لابن رشد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٠١، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٨٢.

(٢٥) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٧٣، وسبل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ٤٧٩.

(٢٦) راجع: المهذب للشيرازى ـ جـ ٢ ـ ص ١٩٦، ومغني المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٥٤.

(٢٧) قال ابن حزم هذا في غاية الصحة، راجع: ارواء الغليل ـ جـ ٧ ص ٣١٢.

(٢٨) أخرجه ابن حبان في حديث صحيحه، راجع: سبل السلام ـ جـ ٣ ـ ص ٤٧٩.

في الأشهر الحرم، لأن الصحابة غلظوا في هذه الأحوال[٢٩]، وذهب إلى هذا الحنابلة[٣٠]، ومن خلال ما قرره الفقهاء في هذه المسألة يظهر مدى ما لزمان التعدى ومكانه من أثر في تقدير الزيادة المستحقة من جراء التعدى.

٤٥١ ـ جـ ـ *الظروف المقترنة بطبيعة الضرر:*

وقد تكون طبيعة الضرر في ذاته قد وصلت إلى حد من الجسامة يجعل تقرير الزيادة امرا تمليه مبادىء العدل، كما لو تعددت المعانى التي فاتت بالعدوان فان الواجب يتعدد، ولو تجاوز الدية، وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها السمع والبصر والعقل ونكاحه والرجل حى[٣١]، والزيادة في تلك الحالة مرتبطة بتعدد أسبابها من جراء التعدى ذاته، ومن أمثلة قوة الضرر وتنوعه وزيادته عن الحدود المألوفة ما لوتسبب المعتدى في قطع اصبع من أصابع اليد، فاضطر المعتدى عليه إلى علاجها مما كلفه نفقات كثيرة ثمنا للعلاج، وامتنع عليه في الوقت نفسه مزاولة عمله فترة طويلة كما عانى آلا ماقاسية، فهل يقف الواجب عند مقدار عشر الدين لايتعداه؟، إن قيمة الواجب المقدر عشر الدية، وقيمته تساوى خمسة عشر ألف جنيها مصريا[٣٢]، فلو ان هذا المبلغ قد انفق بكامله على العلاج، فهل تكون الاضرار الاخرى قد جبرت، وهي الخسارة التي لحقت بالمعتدى عليه من ترك العمل، والا لم الذي حل به بالطبع لا!![٣٣].

(٢٩) المرجع والمكان السابقان ـ ومغني المحتاج ـ المكان السابق، والمهذب للشيرازى ـ المكان السابق، وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ـ ص ٤٦٨.

(٣٠) المغنى لابن قدامه ـ جـ ٧ ـ ص ٧٧٢ وما بعدها والاشهر الحرم هى: ذو القعدة، وذو الحجة، والمحرم، ورجب.

(٣١) ذكره أحمد، وهو حديث حسن، راجع: ارواء الغليل للألبانى ـ جـ ٧ ـ ص ٣٢٢.

(٣٢) راجع: د. محمد سراج ـ السابق ـ ص ٤٥٠ هامش (١).

(٣٣) كان القضاء الكويتى يعتبر الدية تعويضا عن الاصابة في ذاتها، بما يعنى الرجوع ببقية الاضرار الاخرى التي أحدثها الضرر لتعويض مستقل، لكنه عاد في حكم لاحق واعتبر الدية كل ضرر يصيب النفس، حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية ـ دائرة التمييز بتاريخ ١٢٤/٢/١٩٧٥م، مشار اليه في: د. بدر جاسم ـ رسالة دكتوراه ـ استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتى ـ جامعة القاهرة عام ١٩٧٨ ـ ص ٢١٤. والمادة ١٩ مكرر من القانون ٦٠ لسنة ١٩٦١م والمعدل بالقانون ٤٢ لسنة ١٩٦٧، تمنع القاضى من الحكم بتعويضات أخرى أكثر من الدية ـ المرجع والمكان السابقان.

ان الضرر يجب أن يرفع بكامله بما يتضمنه من أضرار مالية أو غير مالية أو مجرد آلام نفسية، وقد اعتبر فقهاء الحنفية الألم النفسي من الاضرار التي يجوز للقاضي تعويضها، وقد ذكر السرخسي عن الامام محمد: في الجراحات التي تندمل على وجه لايبقى لها أثر حكومة بقدر ما لحق المضرور من الألم، وعن أبي يوسف رحمة الله: يرجع على الجانى بقدر ما يحتج اليه من ثمن الدواء وأجره الأطباء حتى اندملت[٣٤]، وقد نسب صاحب مجمع الضمانات القول بوجوب ارش الألم إلى أبي يوسف [٣٥] وقد قرر ذلك صاحب البحر الزخار بقوله: وتقدر حكومة العدل التلف بتقدير المعتدى عليه عبدا وتقدر قيمته مع الجناية وعدمها، وما بينهما يكون هو أرش الضرر منسوبا إلى الدية، ثم يقول: وتضم أجرة الطبيب وثمن الدواء وتعطله عن العمل، ويحقق النظر في قدر ضعف العضوان ضعف[٣٦]، ويقول أيضا: ومن أبان سنا فوداها ثم ردت، فثبتت كما كانت استرجعت الدية لئلا يجمع للمجنى عليه بين المبدل والبدل وإذا ردت ففي الالم حكومة، وهو الأعدل[٣٧]، ويقول: وفي سن صبى لم يثغر حكومة فإذا لم تنبت فدية، وان عادت فلا شيء وفي الايلام حكومة عدل[٣٨]، ومن خلال هذا البيان يستبين ان زيادة الألم أو حصول الالم مستقلا مما يقتضى التعويض عن طريق حكومة العدل[٣٩].

**٤٥٢ ـ *ثانيا: تقدير التعويض بحكومة العدل:***

ومن الصور التي يتم فيها تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الحاصل من فوات السلامة، دون تدخل لارادة المضرور أو المسئول، تقدير حكومة العدل.

---

(٣٤) المبسوط ـ للسرخسي ـ جـ ٢١ ـ ص ٨١.

(٣٥) مجمع الضمانات ـ ص ١٧١.

(٣٦) البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٨٢.

(٣٧) المرجع نفسه ـ ص ٢٨٠.

(٣٨) المرجع والمكان السابقان، وقد جاء في المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٢٣: وان كسر له سنا فنبت مكانها أكبر منها فحكومه لان ذلك عيبا، وان نبتت مائله عن صف الاسنان بحيث لاينتفع بها فدية، وان كان ينتفع بها فحكومة للشين الحاصل. وورد في بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٢٠ قوله: وغلط بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها، روى ذلك مالك عن سليمان بن يسار، وفي رواية عن مالك: اذا شانت الوجه ففيها حكومة من غير توقيف.

(٣٩) في هذا المعنى: د. محمد سراج ـ السابق ـ ص ٤٥٠

وحكومة العدل تتمثل في أن يقوم رجلان عدلان بتقويم المتلف الذي لم يشرع فيه تقدير معين من خلال اتباع معايير معينة [٤٠]، وقد عرفها جمهور الفقهاء بأنها: كل ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس فيه أرش مقدر ففيه حكومة[٤١]، ويمكن وفقا للأعراف السارية اليوم والتي تقضي باسناد مثل هذا العمل إلى القضاة الذين يتولون النظر في القضية، أن يكون التقدير من ضمن اختصاصهم لاتصاله الوثيق بمحل النزاع، ولانه مما يلجأ المتنازعون بسببه إلى القضاء، على أن يمارس القضاء تقويمه للضرر من خلال الاخصائيين والخبراء الذين يتولون نيابة عنه النظر في الجوانب الفنية للضرر، ويقدمون له تقديرا له صفة الالزام، وفي هذا المعنى يقول صاحب البحر الزخار: إذا قدرت فيلزم الحاكم الحكم بتقديرها[٤٢].

**٤٥٣ ـ مجال تقدير حكومة العدل:**

من الامور المقررة شرعا ان مجال تقدير حكومة العدل محدد بحالة ما إذا لم يرد تقدير شرعى للضرر على نحو ما سلف، والتقدير الشرعى للضرر هو ما ورد بصفة خاصة عن النبي صلى الله عليه وسلم[٤٣]، والاجماع منعقد على أن ما دون الموضحة من الجروح والشجاح ليس فيها ارش مقدر، وانما فيها حكومة عدل[٤٤]، ولا ينال من وصف الواجب بأنه حكومة عدل أن يرد فيه تقدير محدد، مثل الذي نقله الفقهاء عن الصحابة رضى الله عنهم بتقدير معين للضرر، حيث حدده بعضهم بأجرة الطبيب، أو كما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق [٤٥] بنصف دية الموضحة، وروى عن على أنه قضى فيها بأربع من الابل، وروى عن زيد بن ثابت انه قال: في الدامية [٤٦] بعير،

(٤٠) في هذا المعنى: البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٨٢.

(٤١) بدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣٢٣، وبداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤١٩ وما بعدها، ومغنى المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٧٧، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٥٥.

(٤٢) البخر الزخار ـ المكان السابق.

(٤٣) موطأ مالك ـ ص ٧٤٥، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٥٦.

(٤٤) بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤١٩، حيث نقل اتفاق العلماء على ذلك.

(٤٥) السمحاق: هي التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة التي تفصل بينه وبين العظم والتي تسمى بالسمحاق.

(٤٦) الدامية: هي التي تسيل الدم.

وفي الباضعة[٤٧] بعيران، وفي المتلاحة [٤٨] ثلاثة أبعرة، وفي السمحاق اربعة[٤٩].

٤٥٤ ــ وقد قرر الفقهاء ان ذلك التقدير لايعدو - وهو في مجال حكومة العدل - ان يكون تقديرا موقوفا، لما هو معروف ان المقادير لامجال فيها للاجتهاد، وذلك ما عليه جمهور الفقهاء، اذ الاصل في الجراح الحكومة الاما وقتت له السنة حدا [٥٠]، ووجوده مع اتفاق الفقهاء يجعله أقرب إلى التقدير التقريبى للحكومة منه إلى التقدير الموقوف. أو كما قال الشافعي رضي الله عنه : ان ذلك كان من زيد تقويما لاتوقيتا[٥١].

وحيث تقرر ذلك، يكون ما دون الموضحة من الشجاج والجروح مما يخضع لتقدير حكومة العدل، وكذلك الامر فيما دون الجائفة من الجراح، لان الجائفة قد ورد فيها تقدير محدد ورد في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم، وقد جاء فيه : وفي الجائفة ثلث الدية [٥٢]، فيكون ما دون الجائفة من الجروح مما يدخل في نطاق تقدير حكومة العدل، وكذلك الاعضاء القائمة في جسم الانسان لذاتها دون منفعة، كلسان الاخرس واليد الشلاء وذكر الخصى والعنين، والعين القائمة الذاهب نورها، والأصبع الـزائـدة، والسن الزائدة، حيث تجب في هذه الأعضاء حكومة عدل لأنها جزء من النفس، واجزاء النفس مصونة لذاتها وبصرف النظر عن نفعها، وكذلك فوات الجمال، واحداث الألم المجرد كاللطمة، وكذلك المنافع المعنوية وهى قوى النفس وغرائزها، كالعقل والسمع والبصر والنطق والذوق، فان فقدها بالكلية مما يوجب الدية كاملة أما فقد بعضها ففيه حكومة عدل[٥٣].

---

(٤٧) الباضعة : التي تقطع اللحم.

(٤٨) المتلاحمة : هي التي تغوص في لحم المعتدى عليه.

(٤٩) راجع : بداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٤١٩، البحر الزخار - جـ ٦ - ص ٢٨٩.

(٥٠) المرجع والمكان السابقان، والمغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٥٥.

(٥١) بداية المجتهد - السابق - ص ٤٢٣.

(٥٢) موطأ مالك - ص ٧٣٧، جواهر الاخبار والاثار - جـ ٦ - ص ٢٧١.

(٥٣) بدائع الصنائع - جـ ٧ - ص ٣٢٣، ونهاية المحتاج للرملي - جـ ٧ - ص ٣٥٩، وبداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٤٢١ وما بعدها. والبحر الزخار - جـ ٦ - ص ٢٨٢ ومابعدها، والمغنى لابن قدامة - جـ ٨ - ص ٦٠.

**٤٥٥ ــ المعايير التقديرية لحكومة العدل:**

وحكومة العدل وهي تقدر الضرر وتقيمه، انما تتوخى في مهمتها تحقيق العدل الذي يسفر عن جبر الضرر كاملا، والعدل يقتضى وضع معايير ارشادية للقائمين على التقدير، حتى يكون قائما على أساس من التساوى بين الناس جميعا، وقد ذكر الفقهاء أن حكومة العدل وهى تقوم بمهمتها في التقدير انما تستأنس بمعايير لتقدير الضرر، ومعايير أخرى لاستخراج القيمة التي يستحقها تعويض هذا الضرر، ونجلى بيان ذلك:

***٤٥٦ ــ أ ـ معايير تقدير القيمة:***

هناك ثلاث طرق في الفقه لتقدير قيمة الضرر الحاصل على سلامة البدن، وهذه الطرق الثلاث يمكن أن نسمى أولها: طريق الافتراض، ونسمى ثانيها: طريق التقريب، ونسمى ثالثها: طريق التقدير العملي.

***٤٥٧ ــ ١ ـ اما طريق الافتراض:***

فقد اثر عن الامام الطحاوى الحنفى، وهو المعمول به عند الحنفية، وغيرهم من المذاهب الاخرى، وتقوم هذه الطريقة على أساس افتراضى بحت يمكن من خلاله تصور القيمة، وقد عبر عن مضمون هذه الطريقة الامام الخرقى الحنبلى في مختصره بقوله: والحكومة: أن يقوّم المجنى عليه كأنه عبد لاجناية به، ثم يقوّم وهى به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية، كأن تكون قيمته، وهو عبد صحيح عشرة، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون الواجب عشر ديته، يقول ابن قدامة في المغنى: هذا الذي ذكره الخرقى ـ رحمه الله ـ في تفسير الحكومة، قول أهل العلم كلهم لانعلم بينهم خلافا فيه، وبه قال الشافعي والعنبرى وأصحاب الرأى وغيرهم، قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال: إذا أصيب الانسان بجرح لاعقل له معلوم، كم قيمة هذا المجروح، لو كان عبدا لم يجرح هذا الجرح؟، فإذا قيل مائة دينار، قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه؟، فان قيل خمسة وتسعون، فالذي يجب على الجانى نصف عشر الدية، وان قيل تسعون فعشر الدية، وان زاد أو نقص فعلى هذا المثل [٥٤]، وانما كان كذلك لان جملته مضمونة بالدية فاجزاؤه

(٥٤) المغنى لابن قدامة مع مختصر الخرقى ـ جـ ٨ ـ ص ٥٧ وما بعدها، وراجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٥ ص ٤١٢، وبدائع الصنائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣٢٤، ومغنى =

مضمونة منها[٥٥].

٤٥٨ ــ ٢ ـ *طريــق التقــريب :*

انتقد طريق الافتراض في تقدير قيمة الضرر بأنه يقوم على افتراض يتعذر اللجوء اليه في وقتنا الحالى لعدم وجود الرق[٥٦]، ولذلك رؤى اختيـار معيـار آخـر وهـو طـريق التقـريب.

وطريق التقريب يقوم على تصور واقع، يتمثل في الحاق الضرر غير المقدر بالضرر المقدر ومعرفة قيمته من خلال الحاقه به، وهذه الطريقة منسوبة للامام الكرخى الفقيه الحنفي المعروف، وتقوم على تقريب الضرر إلى أقرب ضرر له أرش، ففي الشجاج مثلا ينظركم مقدار الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك مـن نصف عشـر الديـة المقـرر للموضحة[٥٧].

وهذه الطريقة من شأنها انها تجعل التقدير أقرب ما يكون للمنصوص عليه، وهو ما يبعث الطمأنينة في اصابة تقدير الشارع قدر المستطاع.

٤٥٩ ــ ٣ ـ *طريق التقدير العملى:*

وهـذا الـطريق يقـوم في أساسه على شهادة أهل الاختصاص والخبرة من الأطباء وغيرهم ممن يمارسون الفحص والعلاج، لان تقييمهم لقيمة الضرر تنبع من الواقع العملى الذي يعايشونه بالفعل، وقد أثر هذا التقدير عن الأمامين أبى يوسف ومحمد[٥٨]، وقال به بعض المحدثين من الفقهاء[٥٩].

---

= المحتاج ـ جـ ٤ ـ ص ٧٧ والبحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٨٢، حيث يقرر ضم أجرة الطبيب وثمن الدواء وتعطله عن العمل الى تلك القيمة. وراجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٧١.

(٥٥) المغنى لابن قدامة ـ المكان السابق، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه ـ جـ ٧ ـ ص ٢٧٧.

(٥٦) في هذا المعنى: د. وهبه الزحيلي ـ الفقه الاسلامي وأدلته ـ جـ ٦ ـ ص ٣٥٨.

(٥٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ نفس المكان السابق، والبحر الزخار ـ نفس المكان السابق، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٦٣.

(٥٨) المبسوط ـ جـ ٢١ ـ ص ٨١، ومجمع الضمانات ـ ص ١٧١.

(٥٩) د. وهبه الزحيلي ـ السابق ـ ص ٣٥٩.

وهذا الطريق في نظرنا طيب وملائم وعملي، لولا ماكشفت عنه التجربة في مصر من سهولة الحصول على تقرير من طبيب يقدر اصابة معينة في شخص فيستغله ضد الأبرياء مكيدة ونكاية، فلو تم تنظيم هذا الطريق بحيث ينأى به عن استغلال البعض ممن انعدمت فيهم نخوة الضمير حتى اتخموا ساحات المحاكم بكثير من القضايا الظالمة والتهم الباطلة، والتي لاتجد المحكمة فيها يدا من الحكم بناء على تلك التقارير، لكان أفضل.

والقانون الكويتى وفقا لما تقضى به المادة ١٩ مكرر من القانون ٦ لسنة ١٩٦١، والمعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧م، قد اعتبر الدية تعويضا عن الاصابة في ذاتها، أى أنها تعويض عن الضرر الجسماني، لكنه ذهب فيما يتعلق بالدية على ما دون النفس في أغلب الحالات بربط تقدير الدية بنسبة العجز الحاصل في قوة الجسم كله وفقا للتقارير الطبية والتي تحرر وفقا لنسب معينة تبدأ بستين، ثم ثلاثين، ثم عشرين، ثم عشرة في المائة، فإذا فقد المضرور ثلاثين في المائة من قوة الأبصار، وعشرة في المائة لاصابة الساق، فان نسبة الاصابة بالنسبة لقوة الجسم تكون أربعين بالمائة، ومن العجيب في أحد التقارير التي قد أصدرت المحكمة بمقتضاها حكما، انه قد حدد عجزا قدرة ستون بالمائة من قوة الجسم لطفل نتج له من الحادث عجز في الحركة وكشف التقرير انه قد اصيب بشلل نصفى تام في الوجه وشلل نصفى غير تام بالأطراف مع صعوبة في النطق، ولايستطيع مع هذه الاصابة القيام أو القعود الا بمساعدة شخص، واعطى مع كل تلك الاصابات تعويضا يعادل ستين بالمائة من قيمة الدية، ولو طبقت قواعد التقدير الصحيح للدية لاستحق عن كل منفعة فقدت دية كاملة، وان نقصت المنفعة استحق ديتها منقوص بنسبة نقص المنفعة، وهذا بالتأكيد يتجاوز مقدار الدية الكاملة ولا يقف عند نسبة الستين في المائة التي تقيد بها تقرير الطبيب[٦٠].

**٤٦٠ ـ ب ـ *معايير تقدير الضرر:***

وهناك أنواع أخرى من المعايير الارشادية التي يمكن لحكومة العدل أن تستأنس بها في تقدير الضرر بما يمكن معه ضبط قيمته على نحو أقرب إلى العدالة، وهذا التقرير

(٦٠) راجع في هذا المعنى: رسالة بدر جاسم ـ ص ١٩٧ وما بعدها، وحكم محكمة الكويت الكلية ـ تجارى كلى ٧ بتاريخ ٢٠/ ١/ ١٩٧١ ـ المشار اليه فيه.

يختص بنوع الضرر الواقع على مقومات الحق في سلامة جسد الانسان، كما يختص بغير ذلك من أنواع الضرر الادبي الاخرى، ومن ثم يكون لمعايير تقدير الضرر مجالان:

### ٤٦١ ـ *أولهما: تقدير الضرر في فوات السلامة:*

وتقدير الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة بدنه يمكن أن يقع على منفعة من منافع البدن كالعقل والسمع والبصر والذوق، والفقهاء متفقون على أن المنفعة إذا فقدت كاملة ففيها دية، وإذا فقد بعضها يكون تقدير الضرر بقدره، ولكن ما هو معيار تقدير قيمة الضرر؟ لقد ضرب الفقهاء أمثلة تجيب عن هذا التساؤل وتبرر مقدار الضرر في عدد من منافع الجسم التي أودى بها التعدى وذلك من خلال اختبارات تجرى فتبزر مقدار الضرر في فوات العقل والبصر والسمع والذوق والنطق وذلك على النحو التالي:

### ٤٦٢ ـ ١ ـ *الضرر الواقع على القوى العقلية:*

عقل الانسان من أكبر المعانى قدرا وأعظم الحواس نفعا، فبه يتميز الانسان عن البهيمة، ويعرف حقائق المعلومات، ويهتدى إلى مصالحه، ويتقى ما يضره ويدخل به في التكليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات واداء العبادات، فكان في ايجاب الدية بفقده كاملا أحق من بقية المعانى والحواس، فان كان نقص العقل معلوما مثل ان صاريجن يوما ويفيق يوما، فعليه من الدية بقدر ذلك، لان ما وجبت فيه الدية كاملة، وجب بعضها في بعضه[٦١]، وهذا النقص المعلوم لايثير صعوبة في التقدير، اما إذا لم يكن النقص معلوما، كما لو جعلته الجناية مدهوشا [٦٢]، أو يفزع مما لايفزع منه، أو يخاف العزلة ويستوحش الخلوة، هذا الضرر بقدره القاضى حسبما يرى[٦٣].

ويرى بعض فقهاء المذهب الزيدى: أن نقسم الدية على علوم العقل العشرة، ثم يعطى المضرور بقدر مانقص عليه منها، وهذه العلوم هى: علم حال النفس، فيسأل هل هو شابع أم جائع؟، وعلم البديهة، فيسأل هل العشرة أكثر من الخمسة؟، وعلم الخبرة، فيسأل هل الحجر تكسر الزجاج؟، وعلم المشاهدة، فيسأل المضرور عن

---

(٦١) المغنى ـ لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣٧.

(٦٢) المدهوش: هو المتحير، أى المضطرب التائه، راجع: مختار الصحاح ـ ص ٢١٣.

(٦٣) المغنى لابن قدامة ـ المكان السابق.

شخص معروف لديه، من هذا؟ وعلم الدائرة فيسأل، هل زيد في الدار أم لا؟، وعلم القصد، بأن يستبين منه معرفة الشخص الذي يخاطبه، وعلم التواتر، فيسأل هل مكة في الارض؟، وعلم الجلى من الامور فيسأل عما أكل بالأمس، وعلم التعلق بأن يعلم ان كل صنعة، لابدلها من صانع، وعلم التمييز بأن يعلم أن هذا حسن وهذا قبيح(٦٤).

وأرى مع بعض الباحثين أن تقدير النقص يجب في القوى العقلية أن يناط إلى عدد ممن يوثيق في علمهم وأمانتهم من أطباء الامراض النفسية، ليقدموا تقريرا مفصلا بعد اجراء الاختبارات الطبية المقررة، يكشفون فيه مقدار هذا الضرر(٦٥).

### ٤٦٣ ــ ٢ ـ *تقرير الضرر الواقع على نعمة البصر:*

والضرر الواقع على البصر اما أن يكون في العينين أو في واحدة، فإذا انقص التعدى قوة الأبصار في كلتا العينين، فان التقدير يكون خالصا لحكومة العدل، ويمكن الاستعانة هنا بأطباء العيون ليقرروا نسبة العجز في قوة الأبصار بناء على كشف حال يقارن بكشف سابق، ومن خلال المقارنة تظهر قيمة الضرر أما إذا كان النقص في احد العينين، فقد ذكر ابن رشد رحمه الله: أن من أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه، انه أمر بالذي اصيب

---

(٦٤) العلامة ابن مفتاح ـ شرح الازهار ـ جـ ١، ص ١٦٨، جـ ٤ ـ ص ٤٤٤ هامش (١) ـ مطبعة المعارف سنة ١٣٤٠هـ، وقد نظم هذه العلوم في ثلاثة أبيات يقول فيها:

فعلم بحال النفس ثم بديهة : ... كذا خبرة ثم المشاهد رابع
ودائرة والقصد بعد تواتر : ... جلى أمور والتعلق تاسع
وعاشرها تمييز حسن وهذه : ... فتلك علوم العقل مهما تراجع

وراجع: البحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٩٠ وما بعدها حيث يقول: فإن ذهب بعضه فحكومة بحصته.

(٦٥) في المعنى: د. محمد حسين الشامي ـ ركن الخطأ في المسئولية المدنية ـ ص ٦٠٣، وهذا المعنى هو الذي قرره صاحب البحر الزخار في فوات بعض السمع حيث يعول على قول عدلين من أطباء المسلمين، راجع: جـ ٦ ـ ص ٢٩١، وقد عول القانون الكويتى على تقدير التعويض فيما دون النفس على تقرير الاطباء بتحديد نسبة العجز، د. سعيد عبدالسلام ـ المرجع والمكان السابقان.

بصره، بأن عصبت عينه الصحيحة، واعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند أول ذلك خطا في الارض، ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة، واعطى الرجل البيضة بعينها، فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه، فخط أيضا عند أول ذلك خطا في الأرض، ثم علم مابين الخطين من المسافة، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة، فأعطاه مقدار ذلك من الدية، ثم يقول: ويختبر صدقه باجراء ذلك مرارا شتى في مواضع مختلفة (٦٦)، وهذا مبنى على تساوى قوة أبصار العينين، وهذا أمر غير واقع من الناحية العملية، لان قوة أبصار العينين قد تختلف اختلافا كبيرا.

### ٤٦٤ ــ ٣ ـ *الضرر الواقع على النطق:*

ويرى بعض الفقهاء: أن طريقة الضرر الواقع على نطق الكلام، يتمثل في قسمة الدية كاملة على عدد حروف النطق الأبجدية وهى ثمانية وعشرون حرفا(٦٧)، وبعد البرء يمتحن المعتدى عليه بنطق الحروف كاملة، وما لايستطيع نطقه من الدية بحسابه، وكذلك يسقط ما أبدل نطقه، وان لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين(٦٨).

### ٤٦٥ ــ ٤ ـ *الضرر الواقع على السمع:*

أما الضرر الواقع على السمع فان تقدير النقص الحاصل بالتعدى عليه إذا كان النقص في كلا اذنيه، يخضع لحكومة العدل كلية، فإذا كان النقص في أحد اذنيه امتحن بسد العليلة، ويخاطبه مخاطب وهو يتباعد حتى يقول لاأسمع، ثم تسد الصحيحة، وتمتحن العليلة كذلك ويفرض بقدر المسافة وينبغى أن يجرى من

---

(٦٦) بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٤٢٣، راجع: حاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٦٣، حيث نقل انه يمتحن بتقريب شيء إلى عينه وقت غفلته، ونقل عن ابن تيمية انه يقام في الشمس فان لم يطرق فهو صادق، ويرى أن رأى اهل الخبرة أولى، ولا مانع من الاستعانة بعلامات مقياس النظر الحديث.

(٦٧) ليس من بينها: لا، فإن مخرجها مخرج اللام والألف، راجع: المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ١٧.

(٦٨) المرجع والمكان السابقان، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم ـ جـ ٧ ـ ص ٦٢٣، ونقل ابن قاسم عن ابن تيمية قوله: يغرز لسانه بأبرة فان سال منه دم اسود فهو صادق، المرجع السابق ـ نفس المكان.

الاختبارات ما يطمئن معه إلى صدق المدعى، فقد روى عن اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة: ان رجلا ضرب امرأة فادعت ذهاب سمعها، فتشاغل عنها بالنظر في القضايا، ثم التفت اليها وقال: ياهذه غطى عورتك، فجمعت ذيلها، فعلم أنها كاذبة [٦٩]، فالأولى الرجوع إلى أهل الخبرة من الاطباء[٧٠].

٤٦٦ ـ ٥ ـ *الضرر الواقع على الشم والذوق:*

وفي تقدير الشم ينتقل بالروائح الطيبة والمنتنة، فان هش للطيب وتنكر للمنتن، فالقول قول المعتدى مع يمينه، وان لم يبين منه ذلك فالقول قول المعتدى عليه مع يمينه[٧١]، والأولى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء[٧٢]، أما الذوق فانه إذا فات كله تجب ديته كاملة، وان فات بعضه، فتقسم الدية على أنواع المذاق الخمسة، وهى الحلاوة والمرارة والعذوبة والملوحة والحموضة، وما نقص من المضرور ينقص من الدية بقدره[٧٣]، والاولى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء.

٤٦٧ ـ *ثانيهما: تقدير الضرر الأدبي في المجالات الاخرى:*

ولايقتصر مجال عمل حكومة العدل في تقدير الضرر، على الأضرار الادبية الناشئة عن المساس بسلامة الجسم الانسانى، وانما تشمل كل انواع الضرر الادبي الاخرى، وفي هذه الحالة فان الضرر الادبي اما أن يتمخض عن خسارة مادية، كما لو كان المضرور تاجرا فتأثرت تجارته بسمعته الادبية التي نال منها المعتدى مما أدى إلى لحوق خسارة مادية به، بالاضافة إلى الالم الحاصل من التعدى أو يتمخض عن خسارة أدبية محضة، تتمثل في الم وشين ونقص معنوى يلحق الانسان، ومن المؤكد ان اسلوب التقدير سيختلف في كل حالة عن الاخرى، فيحسن الاشارة إليه.

٤٦٨ ـ أ ـ *الضرر الادبي المقترن بخسارة مالية:*

في هذه الحالة ينبغى على حكومة العدل أن تحسب مقدار الخسارة التي لحقت

---

(٦٩) راجع: بدائع الصنائع ـ للكاساني ـ جـ ٧ ـ ص ٣٤٧.

(٧٠) البحر الزخار ـ السابق ـ ص ٢٩١، والمغنى لابن قدامه ـ السابق ـ ص ١٠.

(٧١) المغنى السابق ـ ص ١٢.

(٧٢) البحر الزخار ـ السابق ـ نفس المكان.

(٧٣) المغنى لابن قدامه ـ جـ ٨ ـ ص ١٩، والبحر الزخار ـ جـ ٦ ـ ص ٢٩٢، وشرح الازهار لابن مفتاح ـ السابق ـ جـ ٤ ـ ص ٤٤٣ وما بعدها.

بالمعتدى عليه ضمن مقدار التعويض، ليكون مقدار المال في تلك الحالة، هو الحد القريب الذي يسهل على الحكومة فيه الاقتراب من حقيقة الضرر الحاصل، وليكون تقدير الضرر الأدبي الممتزج به مما يخضع لتقدير اللجنة الخالص بناء على ما تستشفه من شدة الألم، أو جسامة الضرر الذي حل بالمعتدى عليه، كأن يكون قد تعدى الى أولاده أو بناته وأثر على مستقبلهم وحياتهم[٧٤].

٤٦٩ ـــ *ب ـ الضرر الادبي الخالص:*

وفي هذه الحالـة لامانع من الاستعانة بمعايير التقدر الاخرى التي سلفت وعلى الأخص المعيار الافـتراضى، فمثلا لو كان الضرر الادبي الواقع على شرف الانسان متمثلا في فوات البكارة، فانه يمكن تقدير الضرر من خلال افتراض مهر المعتدى عليها بكـرا، ومهـرهـا ثيبـا، وفـرق التقديرين يمثل مقدار التعويض المستحق عن فوات البكارة[٧٥]، ومع ذلك فان طبيعة هذا النوع من الضرر ستظل ميدانا فسيحا لأعمال مبدأ مرونة التقدير الى أبعد مدى، وهذا المبدأ وان لم يصب عين التقدير الصائب، فهو على الاقـل يصيب قدرا كبيرا من الصواب فيه، وقد قيل ان بعض الشيء اولى من لاشيء، وما لايدرك كله لايترك كله.

٤٧٠ ـــ مرونة نظام التعزير:

ومن المؤكد ان المرونة التي يتسم بها نظام التعزير في الفقه الاسلامى يمكن أن تكون عاملا من العوامل الفعالة في حسم آثار هذا النوع من الضرر، من خلال قدرته وتنوعه على نحو يصلح لمجابهة مالم يرد فيه نص مقدر أو سبق تقدير التعويض فيه[٧٦].

---

(٧٤) وفي هذا المعنى يقول الاستاذ اسهان ان الضرر المتمثل في الاعتداء على التكامل الجسدى له عنصران: الاول يشمل الاضرار القابلة للتقدير النقدي، والثاني يتضمن الاضرار غير القابلة للتقدير التعدى، وفيما يتعلق بالضرر المالى فان الفقه يتفق على أنه يتمثل فيما لحق المضرور من خسارة كتكاليف العلاج وما فاته من كسب وهو فقد الاجرة، وفوات فرصة الكسب، مشار اليه في د. سعيد عبدالسلام ـ التعويض عن ضرر النفس ـ ص ٦٨ وما بعدها.

(٧٥) راجع في هذا المعنى: المغنى لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٥١، حيث يقرر أن ارش البكارة داخل في مهر البكر لانه أعلى من مهر الثيب.

(٧٦) وذلك على نحو ما سنرى في المبحث الاول من الفصل الثاني من هذا الباب ونحن نتعرض لبيان طبيعة التعويض عن الضرر الادبي في الفقه الاسلامي.

## ( الفرع الثاني )

## التقدير الارادى لتعويض الضرر الادبي

٤٧١ ـ إذا كان الشارع قد قدر قيمة التعويض عن الضرر الحاصل من التعدى على سلامة الانسان في بدنه، فانه قد ترك للارادة دورا كبيرا في تقدير التعويض عن عدد من الاضرار الادبية وعلى الاخص ما يصيب الانسان منها في عواطفه ومشاعره، وقد ورد التطبيق العملى لتقدير التعويض عن الضرر الادبي الذي يصيب مشاعر الانسان وعواطفه في حالتين هما: الطلاق قبل الدخول والخلع، حيث يكون للارادة دخل كبير في تقدير قيمة التعويض المستحق.

٤٧٢ ـ *أولا: مقدار ما تستحقه المطلقه قبل الدخول:*

من المعلوم ان طلاق المرأة قبل الدخول يسبب لها ألما نفسيا كبيرا، حيث يقضى على آمالها، ويدمر تطلعاتها لمستقبل ترسمه لحياتها مع زوج وأولاد، ويكون هذا الالم أكثر إذا جاءت الفرقة بسبب من جهة الزوج، حيث ينطوى هذا المسلك منه على اهانة لها، لما يبعثه الطلاق قبل الدخول من شكوك حول المرأة وأخلاقياتها[1]، ولهذا أوجب لها الشارع سبحانه مقدار نصف المهر المسمى. قال تعالى: ﴿وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم الا أن يعفون﴾[2]، حيث أوجب الله تعالى للمطلقة قبل الدخول نصف المهر المفروض، أى المقدر تقديرا صحيحا بالاتفاق، فدل ذلك على أن مصدر تقدير الواجب المستحق للمرأة في تلك الحالة هو الارادة التي سلف لها تحديد الاصل وهو مقدار المهر الذي تستحقه المرأة، والذي وجب لها نصفه على أساسه.

وإذا كان النص قد ورد في الطلاق، فان شمول الحكم لكل أنواع فرق النكاح كما

---

(١) وفي هذا يقول الشيخ محمد عبده: ان في الطلاق قبل الدخول غضاضة، وايهاما بأن الزوج ما طلقها الا وقد رابه منها شيىء فإذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الغضاضة، ويكون هذا المتاع الحسن بمثابة الشهادة لنزاهتها، والاعتراف بأن طلاقه كان من قبله لعذر يختص به، فجعل الله هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لكى لايتسامع الناس به، راجع: تفسير المنار للشيخ رشيد رضا ـ جـ ٣ ـ ص ٤٣٠، دار المعرفة، بيروت.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٣٧.

لو كان بسبب الايلاء أو اللعان أوردة الزوج أو اباء الزوج اعتناق الاسلام بعد زوجته ويستوى عند الشافعية والحنابلة في استحقاق المطلقة قبل الدخول لنصف المسمى أن تكون الفرقة طلاقا أم فسخا طالما ان المهر قد سمى تسمية صحيحة حال العقد وجاءت الفرقة من قبل الزوج، حتى ولو كان بسبب عيب فيه[٣].

فإذا لم يسم المهر في العقد أصلا كالمفوضة أو اتفق الزوجان على الزواج بدون مهر أو كانت التسمية غير صحيحة وحصلت الفرقة بتراضى الزوجين أو بحكم القاضى قبل الدخول وقبل الخلوة عند الحنفية والحنابلة، لم يجب للزوجة شيء من المهر وانما تجب لها المتعة، لقول الله تعالى: ﴿لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾[٤].

٤٧٣ ـ المهر المفروض بعد العقد:

ويأخذ حكم المهر المفروض من قبل العقد في وجوب التنصيص، المهر المفروض بعده، حيث ينتصف هو الآخر عند جمهور الفقهاء، فلو حصلت الفرقة قبل الدخول كان للمرأة نصفه، خلافا لما ذهب اليه الحنفية من أنه لاينتصف، لاختصاص التنصيف عندهم بالمفروض في العقد بالنص القرآنى المتقدم.

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في تلك المسألة هو تفسير المراد من قول الله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾، حيث قال الحنفية: إن المقصود منه المفروض وقت العقد لاغير، وذلك اعمالا لما جرى عليه عرف الناس بتحديد المسمى وقت العقد، ورأى جمهور الفقهاء، ان المقصود بالمفروض على اطلاقه عملا بمقتضى الاطلاق اللغوى اذ الفرض هو التقدير، والتقدير مطلق يشمل ما قدر حال العقد وما قدر بعده[٥].

---

(٣) راجع: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ـ جـ ٢ ـ ص ٢٦٣ وما بعدها، وبداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٢٣، والقوانين الفقهية ـ ص ٢٠٢، والمهذب ـ جـ ٢ ـ ص ٥٩، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٦ ـ ص ٧١٤.

(٤) سورة البقرة ـ آية ٢٣٦.

(٥) في هذا المعنى: فتح القدير ـ جـ ٢ ـ ص ٤٤٨، بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٢٣، ومنار =

والواقع أن رأى الجمهور هو الراجح في تلك المسألة عملا بالنص الذي استدلوا باطلاقه ولم يورد الحنفية ما يمنع هذا الاطلاق سوى ما قالوا به من جريان العرف، والعرف إذا تعارض مع النص لايصح العمل به(٦).

**٤٧٤ ــ مقدار المتعة إذا استحقت:**

وإذا لم تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المسمى فلها المتعة، ومقدارها لم يرد فيه نص مقدر ولهذا اجتهد الفقهاء في بيان مقدارها، فذهب الحنفية إلى انها ثلاثة أثواب: درع، وهو ما تلبسه المرأة فوق القميص، وخمار، وهو ما تغطى به المرأة رأسها، وملحفة، وهى ما تلتحف به المرأة من رأسها إلى قدمها، لقوله تعالى: ﴿متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾، والمتاع اسم للعروض في العرف، ولان لايجاب الاثواب نظيرا في أصول الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام الزوجية وأثناء العدة، وأدنى ما تكتسى به المرأة وتستتر ثلاثة أثواب(٧).

ويرى الحنفية والشافعية ان المتعة لاتزيد عن نصف مهر المثل لوكان الزوج غنيا لانها بدل عنه، وإذا تنازع الزوجان في قدرها قدرها القاضى باجتهاده بحسب ما يليق بالحال معتبرا حال الزوجين من يسار واعسار ونسب وصفات، ويرى المالكية والحنابلة ان المتعة معتبرة بحال الزوج يسارا واعسارا على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، فأعلاها خادم، أى قيمة خادم في زمنهم، وادناها كسوة كاملة تجزيها في صلاتها، أى أقل الكسوة وهى درع وخمار، لقول ابن عباس: اعلى المتعة خادم، ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة(٨).

وذلك كله فيما إذا تشاحا في قدرها، فان سمح له بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل

---

السبيل في شرح الدليل جـ ٢، ص ٢٠، والمغنى لابن قدامة - جـ ٦ ص ٧١٤، والام جـ ٥ ص ٦١.

(٦) راجع في هذا المعنى: د. عبدالعزيز الخياط، نظرية العرف - ص ٦١ وما بعدها - مكتبة الاقصى بعمان.

(٧) بدائع الصنائع جـ ٢ - ص ٣٠٢ ومابعدها.

(٨) المغنى لابن قدامة - جـ ٦ - ص ٧٦٧، وراجع: منار السبيل - جـ ٢ - ص ٢٠٠، وقليوبى وعميرة - جـ ٣ - ص ٢٩١، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٢ - ص ٤٦١ وما بعدها.

من الكســوة جاز، لان الحق لهما، ولا يخرج عما يجوز بذلـه، فجـاز ما اتفقـا عليه كالصداق، وقد روى عن الحسن بن علي أنه امتع امرأة بعشرة الاف درهم، فقالت متاع قليل من حبيب مفارق[٩]، وفيه دليل على جواز القيمة في المتعة، فيجوز أن يدفع الـزوج نقـودا بدل الثياب، وتجبر المرأة على قبـول هـذا البـدل سـواء كانـت المتعـة واجبـة أو مستحبـة.

ويستبين مما تقدم أن في وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول نوعا من التعويض عما لحقها من ضرر أدبي بسبب هذا الطلاق، وان وجوبها على سبيل البدل من نصف المهر المسمى، ولذلك تتحدد بمقداره فلا تتجاوزه، وان مقدارها منوط بحال الرجل على الراجح، لقول الله تعالى: و﴿متعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾[١٠] حيث لم يعهـد في الشريعة الاسلامية تكليف الانسان فوق طاقته، ولو كان تقدير المتعة على اعتبار حال الزوجة، وكانت موسرة وهو معسر، لكان في ذلك ارهاق له وتكليف بما لايطاق، ورضـاء المـوسرة بزوج فقـير، يعتبر تنازلا منها عن مستواها الاجتماعى إلى مستوى زوجها، فإذا طلقها بعد ذلك فلايعوضها إلا بما يناسب حاله دون حالها[١١].

٤٧٥ ــ *ثانيا: مقـدار بـدل الخلـع :*

وإذا كان وجوب نصف المهر المسمى للمرأة بالطلاق قبل الدخول، أو بدله وهو المتعة التي تأتنس في تحديدها بمقداره، عوضا عن الضرر الادبي الذي أصاب المرأة من جراء طلاق زوجهـا لها قبـل الـدخـول، فان وجوب بدل الخلع للزوج هو نوع من التعويض عن الضرر الادبي الذي يصيبه في عواطفه ومشاعره من جراء ارغامه على مفارقة زوجة ربما يكون قلبه متعلقا بها، وهى تكرهه وتبغضه وتريد التخلص من نكاحه ما استطاعت.

وفي هذه الحالة يجوز للزوجين أن يتفقا على مبلغ معين نظير الخلع سواء أكان مساويا لما دفعه الزوج من مهر لها، أو زائدا عنه أو أقل، يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿ولا

(٩) المغني ـ السابق ـ ص ٧١٨.

(١٠) سبق تخريج الاية الكريمة.

(١١) في هذا المعنى: د. محمـود محمد الطنطاوى، الاحول الشخصية ـ ص ٢١٩ ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٢م.

يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا الا يقيما حدود الله، فان خفتم ألا يقيما حدود الله، فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[١٢]، حيث إن الآية الكريمة قد جوزت أخذ الفداء منها بغير اثم وهو مطلق، فيشمل الاقل من المهر والمساوى له والزائد عنه[١٣].

ويرى بعض الفقهاء عدم جواز ما زاد عن المهر، فإذا أخذ منها ما يزيد عما دفعه مهرا لها، فانه يجب على الزوج أن يرده، كأنه أخذ منها بغير حق[١٤]. ودليل ذلك ما روى عن أبي الزبير: ان ثابت بن قيس بن شماس، كانت عنده بنت عبدالله بن أبي ابن سلول، وكان قد أصدقها حديقة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة، فقال النبي صلى الله عليه ولم: اما الزيادة فلا، ولكن حديقته؟، قالت: نعم، فاخذها منها وخلى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم[١٥]، حيث دل هذا الحديث على عدم جواز أخذ الزيادة على ما دفعه الزوج لقوله صلى الله عليه وسلم: أما الزيادة فلا.

وقد حمل جمهور الفقهاء النهى عن الزيادة: على أنه خلاف الأولى، قال مالك: لم أر أحدا ممن يقتدى به، يمنع جواز أخذ الزيادة عن المهر إذا اتفق عليها، لكنه ليس من مكارم الاخلاق، وأخرج ابن سعد عن الربيع قالت: كان بينى وبين ابن عمى كلام، وكان زوجها، قالت: فقلت له: لك كل شيء وفارقني، قال: قد فعلت، فأخذ والله كل فراش، فجئت عثمان وهو محصور فقال: الشرط أملك، خذ كل شيء حتى عقاص رأسها[١٦]، وفي البخاري عن عثمان أنه أجاز الخلع دون عقاص رأسها[١٧].

---

(١٢) سورة البقرة - آية ٢٢٩.

(١٣) بداية المجتهد - جـ ٢ - ص ٦٧، والقوانين الفقهية - ص ٢٣٢، والمهذب للشيرازي - جـ ٢ - ص ٧٠، والمغنى لابن قدامة - جـ ٧ - ص ٥٢ ومابعدها.

(١٤) بداية المجتهد - نفس المكان السابق.

(١٥) رواه الدار قطني باسناد صحيح. وقال: سمعه أبو الزبير من غير واحد، راجع: نيل الأوطار - للشنوكاني - جـ ٦ - ص ٢٧٧.

(١٦) نيل الأوطار - السابق - ص ٢٨٢.

(١٧) المرجع والمكان السابقان، والعقاص هو الخيط الذي تربط به المرأة أطراف شعرها.

٤٧٦ ــ ويشترط لاستحقاق الزوج أخذ ما اتفق عليه مع زوجته في بدل الخلع أن يكون البغض من قبل الزوجة، أو من جهتهما معا، كدلالة الآية الكريمة صراحة على ذلك، أما إذا كان البغض والكراهة من جهة الزوج وحده فلا يجوز له أن يأخذ عوضا في مقابل طلاقها، ولو كان قليلا، لانه هو الذي يريد المفارقة وقد قال تعالى: ﴿وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا، وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾[١٨]، كما يدل على ذلك قول الله تعالى ﴿ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدو ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾[١٩]، وقوله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ماآتيتموهن﴾[٢٠]، وقد ذهب المالكية بناء على تلك الايات الكريمة، إلى أنه لايجوز أخذ العوض من المرأة في حالة الاضرار بها، وإذا طلبت اسقاطه عنها بعد الخلع للأضرار سقط عنها، إذ أن ذلك يتضمن في حقيقته اكراها لها على بذل مال للزوج مع ان الكره من قبله، أى أنه لايستحق تعويضا عن ضرر أدبى يكون قد أصابه، وهو رأى سديد يتفق مع العدالة[٢١].

(١٨) سورة النساء ـ الآيتان ٢٠، ٢١.
(١٩) سورة البقرة ـ آية ٢٣١.
(٢٠) سورة النساء ـ آية ١٩.
(٢١) راجع في هذا المعنى: حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ جـ ٢ ـ ص ٣٥٥، وبداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ٦٨.

# الفصل الثاني
# طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي ومدى انتقاله إلى الورثة في الفقهين الاسلامي والوضعي

٤٧٧ ـــ وهذا الفصل ينقسم إلى مبحثين تخصص أولهما: لبيان طبيعة التعويض عن الضرر الادبي، وثانيهما: لبيان انتقاله إلى الورثة، وعلى ذلك فاننا سنخصص لكل موضوع مبحثا، وذلك على النحو التالي:

**المبحث الاول:**

**طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي.**

**المبحث الثاني:**

**مدى انتقال حق التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثه.**

## ( المبحث الأول )
## طبيعة التعويض عن الضرر الادبي

### ( المطلب الأول )
### طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون

٤٧٨ ـــ من المعلوم ان الضرر الحاصل قد يتمخض عن الاطاحة بمصلحة أدبية للشخص كالأضرار الجسمانية أو العاطفية أو المتعلقة بالشرف والاعتبار والسمعة، وهذه المصلحة لاتوجد مستقلة دائما، وانما يغلب عليها أن تكون ممتزجة بضرر مادى وذلك مثل نقص القدرة على الكسب نتيجة للعاهة الجسمانية أو اختلال المصالح الاقتصادية للتاجر نتيجة للتشهير بسمعته بين عملائه.

.. والأضرار المادية الناتجة عن الضرر الأدبي أو المختلطة به لاتثير صعوبة كبرى بالنسبة لتقييمها في حد ذاتها، ولكن الضرر الادبي كعنصر من عناصر التعويض وخاصة إذا كان ضررا أدبيا خالصا، كان مثار جدل كبير حول طبيعته رغم ان الفقه

والقضاء قد انتهيا إلى الاتفاق على قابليته للتعويض عنه.

.. والنصوص القانونية التي تقضى بوجوب التعويض عن الضرر الأدبي، ومنها المادة (٢٢٢) من التقنين المدنى المصرى، وما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا، كل تلك المصادر تضع على عاتق القضاء أن يحكم بتعويض حقيقى عن الضرر الادبي دون الاكتفاء بتعويض رمزى أو مجرد مبدأ التعويض[١].

**٤٧٩ ـ اتجاهات الفقه حول طبيعة التعويض عن الضرر الادبي:**

وقد وضع هذا الوجوب القانونى القاضى بضرورة تعويض حقيقي عن الضرر الادبي الفقه في موقف الباحث عن طبيعة هذا التعويض، وفي هذا الصدد اتجهت معظم آراء الفقهاء في فرنسا إلى أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي يغلب عليها طابع العقوبة الخاصة[٢]، ذلك ان حرية القاضى الطليقة من أى معايير في تقدير هذا النوع من التعويض بدت غريبة على ذلك المبدأ الذي يؤمن الفقه فيه: ان التعويض لايكون الا بقدر الضرر، وهذا ما دعا إلى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة بالتصوير الذي عرفه الفقه عنها: من أنها جزاء مالى لايرتبط بمدى الضرر، بينما ذهب اتجاه فهى آخر: إلى أن تعويض الضرر هو تعويض حقيقى يقوم بوظيفته الاصلاحية في جبر الضرر فضلا عن الوظيفة الرادعة في حال الخطأ الموصوف[٣]. ونعرض لبيان هذين الاتجاهين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة.

***٤٨٠ ـ أولا: التعويض عن الضرر نوع من العقوبة الخاصة:***

والقول بأن التعويض عن الضرر الادبي ينطوى على نوع من العقوبة الخاصة هو ما ذهب اليه جانب من الفقه، والذين قالوا بذلك ذهبوا في سبيل ذلك التكييف للتعويض عن الضرر الادبي إلى نفى صفة التعويض عنه مستندين في ذلك النفى إلى أن الضرر الادبي ضرر مفترض لايقبل التقييم ولايقبل الاصلاح وتتنافى فكرة التعويض عنه مع الاخلاق، ذلك ان افتراض الضرر في بعض صوره أمر قائم وذلك كما في حالة التعويض الناجم عن وفاة انسان كالأب أو الابن أو الزوج، فان القضاء يفترض وجود

(١) راجع في هذا المعنى: د. محمد ابراهيم دسوقى - السابق - ص ٤٦٥.

(٢) Marty et Raynaud: Droit Civil, T.2. No 527 ets.

(٣) د. محمد ابراهيم دسوقى - السابق - ص ٤٦٦.

الضرر العاطفى، دون أن يكلف المدعى باثبات الضرر[٤]، بل حتى ولو كانت هناك قرينة تقطع بعدم وجوده، مثل وجود خلاف عائلى أو انفصال بين الزوجين، بل ويقره أيضا رغم وصمة العار [٥]، فمسلك القضاء يشير إلى أن تخلف الضرر العاطفى بالمعنى الضيق لايمنع من القول بوجود اعتداء على حق غير مالى حال ومؤكد، وهذا التعدى هو سبب مشروعية التعويض.

وأما عن عدم قابلية الضرر الادبي للتقييم، فانه إذا كان الضرر المادى يقبل التقييم لعدة مقاييس، فانه ليس من مقياس يصلح للقول بأن التعويض المحكوم به يوازى الضرر الأدبى، اذ هو اعتداء على الشخص كانسان وليس على ذمته ومن ثم، فاننا سوف نجد دائما فرقا في التوازن بين التعويض والضرر الأدبي سواء كان الضرر عاطفيا نشأ عن فقد عزيز أو عضو من الجسم، او تشهير أو اعتداء على الخصوصية، لان المصلحة في كل تلك الامور لاتقبل التعويض المالى[٦].

وأما عن عدم قابلية الضرر الادبي للاصلاح فان أى مبلغ من النقود لايكفى لجبر الضرر الناتج عن فقد عزيز أو فوات مصلحة أدبية، حيث يقع الضرر ولا سبيل إلى

---

(٤) في هذا المعنى: حكم محكمة النقض المصرية في ٢٢ مارس سنة ١٩٦٦م، ردا على سبب الطعن المبنى على أن المريضة كانت في دور الاحتضار، وكانت الوفاة واقعة لامحالة، ولذلك فان نقلها من مستشفى إلى آخر ولو بخطأ الطبيب، لم يضف إلى المطعون عليه وأولاده ضررا جديدا، وان الضرر الأدبي الذي حاق بالزوج هو ضرر شخصى مباشر أجاز المشرع التعويض عن بنص المادة (٢٢٢) مدنى - مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٣٦.

(٥) حكم محكمة النقض الجنائى بتاريخ ١٥ مارس سنة ١٩٥٦م، مشار اليه في: د. محمد ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٦٧ هامش (٢).

وراجع: د. حسام الدين الاهوانى - الحق في الخصوصية - ص ٤٣٦، حيث يقرر: ان الفقه الفرنسى قد لاحظ أن المحاكم تعطى تعويضا لمن اعتدى على حقه في الخصوصية في أحوال لايمكن القول فيها بتوافر عنصر الضرر. حيث قضى بأحقية ممثلة في الحصول على التعويض لان أحد المصورين قام بالتقاط صورتها وهى تجلس مع ابنها في حديقة منزلها، وهنا لايوجد ضرر.

(٦) في هذا المعنى: الوسيط للسنهورى - جـ ١ - ص ٨٦٦، د. عبدالحى حجازى - مصادر الالتزام - ص ٤٧٤، د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٥ وما بعدها. د. محمد ابراهيم دسوقى - السابق - ص ٤٦٨.

اصلاحه، واذ كان المضرور أدبيا يعوضه ماليا، فان هذا التعويض وان كان يزيد الذمة المالية للمضرور، الا أنه لن يقلل من الخسارة الادبية التي لحقت بذمته المعنوية، ومثل التعويض عن الضرر الادبي كمثل من يصاب رداء كرامته بالتمزق، فيعطى بضع ورقات من النقد يرقع بها هذا الخرق فيتوهم انه يرتدى رداء كرامة يخلو من أى خرق(٧).

كما أن اضفاء صفة التعويض على تعويض الضرر الأدبي مما يتنافى مع قواعد الاخلاق، وانه لما يتنافى مع قواعد الاخلاق، القول بأن ذلك الذي لحقه اعتداء على شعوره، يتعزى بما ناله من تعويض، وانه لامر منفر أن يثرى شخص على حساب كرامته، وأن يثرى وارث بسبب اهانة لحقت مورثه، أو أب على حساب وفاة ابنه، ان ذلك المعنى من شأنه أن يخلع عن التعويض عن الضرر الادبي صفته التعويض ويضفى عليه صفة الارضاء للمعتدى عليه، أو تطييب خاطره(٨).

### ٤٨١ ـ مظاهر صفة العقوبة الخاصة في التعويض عن الضرر الادبي:

وبعد أن قام هذا الجانب من الفقه بنفى الصفة التعويضية عن تعويض الضرر الأدبي يصبح من اليسير نسبة هذا التعويض إلى فكرة العقوبة الخاصة، تلك التي تتمثل في مبلغ يقدر لاجبر الضرر ولكن لاطفاء غيظ المضرور من المسئول.

ومن أول مظاهر العقوبة الخاصة في التعويض عن الضرر الأدبي، ان القاضى اذ يتعذر عليه أن يتغلغل في أعماق نفسية المضرور ليقف على مدى ما استقر في وجدانه من ألم نفسى حصل له من جراء خطأ المسئول، يكون من الطبيعي أنه لن يكون أمامه من مفر غير قياس مشاعره الخاصة تجاه المسئول ومدى جسامة الخطأ المنسوب اليه، كما لو كان الخطأ قد صدر نحوه هو، فالاسهل على القاضى في مثل تلك الحالة أن يقدر مدى جسامة الخطأ بدلا من البحث عن مدى الضرر، وليس من المقبول ان يطلب المضرور تعويضا بمعنى الكلمة عما لحقه من ضرر، لان أى مبلغ مهما كان لن يمحو ألمه أو معاناته النفسية فواقع الامر أن المضرور لايطلب تعويضا وانما يطلب عقابا،

---

(٧) Mazeaud et Tunc: Traité Théorique et Pratique de La responsabilite civile délictuelle et contractuelle, I., No. 310 ed 1965.

(٨) المرجع السابق ـ ص ٤٧٠، ومازووتنك ـ السابق ـ فقرة ٣١٣.

صحيح أن المضرور لن يظهر رغبته في الانتقام أمام القضاء حتى لايبطل دعواه، والقاضى كذلك لن يصرح في حكمه بالعقوبة، وسترتدى العقوبة ثوب هذا التعويض الذي لايقاس من وجهة نظر كل من القاضى والمضرور الا بمعيار الخطأ، ومن ثم نجد القضاء مضطرا إلى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة لأنها الوسيلة الوحيدة لعقاب المسئول عن الأضرار الادبية التي أحدثها بخطئه بعد أن تخلفت فكرة جبر الضرر(٩).

وفكرة العقوبة الخاصة في نظر هذا الجانب من الفقه هى التي أملت قواعد التعويض عن الضرر الادبي، فدعوى التعويض عن الضرر الادبي لايصرح للدائنين باستخدام حق مدينهم فيها، كما انها كقاعدة تختفى بوفاة المورث، كما ان حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي ليس مقررا لكل من أصابه ضرر من الوفاة الناجمة عن الفعل غير المشروع، ولكن هذا الحق قاصر على الافراد اللصيقين بالمورث من عائلته، وهو لايتقرر للصديق أو الخطيبة رغم أنهم قد يلحقهم ضرر يفوق ذلك الذي قد يلحق عائلة المتوفي(١٠).

**٤٨٢ ـ تقدير فكرة العقوبة الخاصة:**

ومع وجاهة الأسباب التي يبديها أصحاب هذا الاتجاه وما تدل عليه من اضفاء صفة العقوبة الخاصة على التعويض عن الضر الأدبي، الا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد.

فمثلا نجد أن فكرة العقوبة لاتتفق مع الحالة التي يتحمل فيها التعويض شركة التأمين، إذا كان المسئول مؤمنا من المسئولية(١١)، كما أن العقوبة تفترض الخطأ، ولكن من المسلم به ان التعويض عن الضرر الادبي يكون أيضا في حالات المسئولية التي لاتستند إلى الخطأ، وفي هذه الحالة لاتكون فكرة العقوبة مقبولة، كما أن صعوبة تقدير الضرر الادبي، وتعذر ازالة هذا الضرر بالنقود لاتصلح في حد ذاتها سببا لوصف تعويض الضرر الأدبي بصفة العقوبة الخاصة، لأن اساس هذه العقوبة ليس مجرد عدم الارتباط بالضرر، وانما الهدف الردع والعقاب، وهو مالايتوافر في كل الحالات، وخاصة عند الحكم بتعويض معتدل عن الضرر الادبي، كما أن الفقه ينكر صفة العقوبة

(٩) د. محمد ابراهيم دسوقى ـ السابق ـ ص ٤٧٠.
(١٠) المرجع نفسه ـ ص ٤٧٢.
(١١) مازوونتك ـ السابق ـ فقرة ٣١٤.

الخاصة عن تعويض الضرر الادبي من واقع الانتقادات الموجهة إلى العقوبة الخاصة ذاتها، والتي تتنافى مع الاخلاق، لقيامها على مبدأ الانتقام ولما يسمح به الارتباط بمدى جسامة الخطأ من مخاطر نحس التعويض أو المبالغة فيه[١٢]. فضلا عن السلطة التحكمية للقاضي في انشاء عقوبة لامبرر لها مع وجود العقوبة العامة[١٣].

٤٨٣ ـ *ثانيا: الصفة التعويضية لتعويض الضرر الادبي:*

وهناك جانب آخر في الفقه يقرر أن تعويض الضرر الادبي، تعويض حقيقي يقوم بوظيفته الاصلاحية في جبر الضرر فضلا عن وظيفة الردع في حالة الخطأ الموصوف.

. . . أما عن الوظيفة الاصلاحية لتعويض الضرر الادبي: فان صعوبة التقييم المالى للضرر الادبي، لاتمنع من الحكم بتعويض حقيقي، ففي الكثير الغالب من حالات التعويض عن الضرر المادى قد يصعب التقييم، كما في حالة تقييم شيء فريد من نوعه أو نادر الموجود[١٤].

وإذا كان في تقدير التعويض عن الضرر الادبي ما يشكل صعوبة أمام القاضى فانه يمكن تخطى تلك الصعوبة بشيء من الملاءمة التي يستوحيها في كل حالة على حدة، كما أن القول بعدم قابلية الضرر الادبي للاصلاح غير مقبول، لأن التعويض لايمثل دائما اعادة الحال إلى ماكان عليه، ولكن الغالب أنه يعطى المضرور ارضاء يعادل في نفسه ما فقده، حيث يتكون التعويض من شيء يجلب للمضرور شعورا سارا يترتب عليه بعض السلوى والعزاء[١٥]، وهذا مايحصل عند تعويض كثير من الأضرار المالية، حيث نجد أن التعويض لايصلح لاستبدال الشيء التالف أو استرداده كاتلاف لوحة

(١٢) د. حسام الدين الاهوانى ـ المرجع نفسه ـ ص ٤٥٠، حيث يقرر: ان التعويض الجزائى منتقد على أساس أن المضرور يحصل على أكثر مما يستحق ويستفيد من الاعتداء عليه، وإذا كان التعويض عقوبة وجزاء فيجب أن يؤول إلى الدولة.

(١٣) في هذا المعنى: د. محمد ابراهيم دسوقى ـ السابق ص ٤٧٣.

(١٤) مازووتنك ـ السابق ـ فقرة ٣١، وراجع: في هذا المعنى: د. عبدالحى حجازى، نظرية الحق في القانون المدنى ـ السابق ـ ص ٤٥، والسنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٦٧، د. جميل الشرقاوى ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٨٥، د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ نظرية الالتزام ـ ص ٤٤٠، وما بعدها ـ د. محمد ابراهيم دسوقى ـ السابق ـ ص ٤٧٤.

(١٥) د. عبدالحى حجازى ـ المرجع والمكان السابقان.

فنية نادرة، وكـذلك الشأن في تعويض الضرر الادبي، فالخسارة لاتزول ولكن يقوم بجانبها كسب يعوض عنه، فالمبلغ المحكوم به عن الضرر الادبي يأخذ الصفة الحقيقية للتعويض من واقع أنه يمكن المضرور من استبدال مافقده بشيء آخر أو بانفاق النقود في وجه آخر يحقق ارضاء نفسيا أو ماديا(١٦).

والصحيح أيضا أن الضرر الادبي في العصر الحاضر يختلط في غالب الامر بضرر مادى يتمثـل في نقص القـدرة على الكسب بسبب تأثـر الاحوال العصبية والنفسية للانسـان مما ينعكس بالتالي على طريقة سلوكه في كل شئونه المادية الاخرى، اذ ان الضرر الادبي هو في حد ذاتــه ضرر مادى، لان الانسـان كروح ومـادة يعتـبر جزء لايتجزأ(١٧)، ومن ثم كان تعويض الضرر الادبي غير خال من فكرة الاصلاح وتقييم الضرر، وتقدير مقابل يسمح بجبره بالطريقة المناسبة للمضرور.

وأما عن تضمن التعويض عن الضرر الادبي لعنصر الردع في حالة الخطأ الموصوف، فان ذلك العنصر يجد له مجالا هاما وخصيبا في هذا النوع من التعويض، لان التأثر بمدى جسامة الخطأ هو الطابع المميز للتعويض عن الضرر الأدبي(١٨).

فالقاضى وهو بصدد تقدير التعويض عن الضرر الادبي خاصة وان هذا التقدير لاتحكمه معايير مادية، لايستطيع أن يفصل بين شعوره الشخصى، وشعور المضرور تجاه المسئول، ومن ثم كان لجسامة الخطأ دور هام في تلك الحالة، حيث يسترد القاضى فيهـا حريته المطلقة في التقدير وهو ما يفتقده في تعويض الضرر المادى. وإذا كانت شخصية التعويض من شأنها الانتقال بالتعويض العادل إلى التعويض الرادع الكامل، فقد حاول جانب من الفقه أن ينفى صفة التعويض الكامل عن الضرر الأدبي، حيث يرى أن هذا التعويض لايكون كاملا أبدا بسبب طبيعته، ولكن هذا الاعتقاد يمكن أن يرد إذا أخذنا في الاعتبار ان التعويض الكامل يتمثل دائما في منح المضرور امكانية الحصول على ارضاء يعادل مافقده(١٩).

---

(١٦) د. عبدالرزاق السنهورى - الوسيط - جـ - فقرة ٥٧٨، د. محمد ابراهيم دسوقي، السابق - ص ٤٧٥.

(١٧) د. محمد ابراهيم دسوقى - المرجع والمكان السابقان.

(١٨) مارتى ورينو - السابق فقرة ٥٣٩.

(١٩) د. محمد ابراهيم دسوقى - المصدر السابق - ص ٤٧٦ - وما بعدها.

**٤٨٤ ـ كما أن التعويض عن الضرر الأدبي يعطى القضاة حرية أكثر في التقدير** الذي يتأثر غالبا بمدى جسامة الخطأ، ففي حالة الخطأ اليسير نجد القضاة يقدرون في الغالب تعويضا معتدلا يغلب فيه جانب جبر الضرر، أو تمكين المضرور من الحصول على شيء من العزاء فيما يحصل عليه من تعويض معقول، أما في حالة الخطأ العمد أو الجسيم[٢٠]، فان القضاة عادة ما ينطلقون في تقدير التعويض عن الضرر الادبي بمبلغ أكبر مما لا يجد تفسيره الا في التأثر بمدى جسامة الخطأ إلى أقصى درجة ممكنة، ومع ذلك فانه حتى مع المبالغة في تقدير التعويض في مثل هذه الحالة، فمن المتعذر القول بأن القاضى قد انفصل تماما عن الضرر الذي أصاب المضرور أو تجاوز حدود التعويض الكامل، لان طبيعة الضرر الادبي تقتضى هذا التحديد لمقدار التعويض.

وهذا الاتجاه هو الذي يترجح في نظرنا، لانه يجمع في تعويض الضرر الادبي بين عنصرى الاصلاح والردع، وهذا العنصران هما اللذان يضفيان على تقدير التعويض في الضرر الادبي ملاءمة خاصة تجعله أقرب إلى القبول، فضلا عما يعطيه للقاضى من حرية في التقدير يقتضيها تغير ظروف الخطأ في كل حالة.

(٢٠) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المدنى في ٢٨/ ٦/ ١٩٦٩م بتأكيد حكم محكمة استئناف الاسكندرية في قضائها للمدعين بتعويض عن الضرر الادبي الذي أصابهم بسبب موت مورثهم غرقا في البحر في مصيف العجمى وعدم وجود وسائل اسعاف كاملة على الشاطىء مقداره تسعة آلاف جنيه على محافظة الاسكندرية، حيث ان هذا الحكم يستوحى جسامة الخطأ ـ مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٩-٢٢٠-١٤٤٨، وراجع: نقض مدنى في ١٦/ ١١/ ١٩٦٥ ـ مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٦-٦٨-١٠٨٢، حيث أيدحكم الاستئناف للمدعيه بتعويض قدره ألف جنيه عن فقد احدى عينيها نتيجة القاء حجر عليها من عامل مجهول من عمال السكة الحديد في مطاردة بين بوليس الهيئة، وعمالها الممتنعين عن دفع أجرة القطارات.

## ( المطلب الثاني )
## طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٤٨٥ ــ وإذا كنا قد انتهينا إلى أن التعويض عن الضرر الادبي من الامور المشروعة في الفقه الاسلامي، فاننا نستطيع من خلال تحليل طبيعة هذا التعويض أن نستشف من خلال استقراء أنواعه إلى تردد هذه الانواع بين العقوبة التي قد يرد النص عليها شرعا، وذلك كما في تحديد عقاب القذف في قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾[1]، والتي قد يترك الامر في تقديرها لحكومة العدل كما في الاروش غير المقدرة، وقد يكون التقدير في العقوبة على الضرر الادبي بارشاد الشارع كما في تقدير الدية الكاملة لفوات منفعة الاعضاء مع بقاء أعيانها، كفوات وصف الكلام أو السمع أو البصر، فان التقدير في تلك الحالات من قبل الشارع بناء على الدليل، ولكن هذا التقدير في النهاية متوقف على قبول المضرور أو وليه، ومن ثم كان له أن يعفو عنه، لان المصلحة المعتدى عليها تتمخض عن خالص حقه.

ومن الاسس التي يقوم عليها تعويض الضرر الأدبي، مشروعية التعزير، ومن المعروف ان التعزير يقوم على المرونة في جبر الضرر بما يمكن معه الجمع بين عنصرى الاصلاح والردع الذي يمنع من ارتكاب مثل ماوقع على المعتدى من تعويضه، وقد جاء في معين الحكام: والتعزير لايختص بفعل معين، ويجوز التعزير بأخذ المال[2]، وقد جاء في المغنى: والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا رآه الامام، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وما كان من التعزير منصوصا عليه يجب امتثال الامر فيه، وما لم يكن منصوصا عليه إذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم أنه لاينجبر الا به، وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد[3].

ومن المؤكد أن قيام التعويض عن الضرر الادبي في كثير من صورة على التعزير يعطيه

---

(١) سورة النور ـ الآيتان ٤، ٥.

(٢) الطرابلسي ـ معين الحكام ـ ص ١٩٥، وفي هذا المعنى: الحسبة لابن تيمية ـ ص ٤٩، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٣ ـ ص ٢٧٥.

(٣) المغنى ـ لابن قدامة ـ جـ ٨ ـ ص ٣١٦.

قدرا كبيرا من المرونة التي يقدر القاضي من خلالها على اصلاح الضرر بصورة طيبة.

**٤٨٦ ـ محل المصلحة المعتدى عليها في الضرر الادبي:**

وإذا تأملنا مجال المصالح المعتدى عليها في الضرر الادبي، نجد أنها تمثل حقوقا مشتركة بين حق الله وحق العبد، وحق الله فيها غالب، كما في حالة حد القذف، لما في سبب حد القـذف من رمى للمؤمنين والمؤمنات بما يؤذيهم وفي نفس الوقت فان هذا الفعل يتضمن خدشا للحياء العام في المجتمع، واشاعة الفاحشة في الذين آمنوا، بما يشكل مع التعدى على حق المعتدى عليه، تعديا على حق المجتمع في حفظ حياته وعدم اشاعة الفاحشة فيه.

كما تنطوى الجريمة على اعتداء على حق خالص للعبد، ولذلك يمكن القول: إن اصلاح الضرر الادبي في الفقه الاسلامي، له صفة اصلاح الضرر من ناحية مايتقرر في حالة التعدى على حق الفرد، وله أيضا صفة الردع في حالة العقاب المقرر لغلبة حق الله في المصلحة المعتدى عليها بالضرر الأدبي، والتعزير يمكن أن يجمع في طياته بين هذين المعنيين، وان طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون يمكن أن تكون قريبة مما هو مقرر لها في الفقه الاسلامي إلى حد كبير.

## ( المبحث الثاني )
## مدى انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

### ( المطلب الأول )
### مدى انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة في فقه القانـون

٤٨٧ ـــ الأصل في التعويض عن الضرر الادبي انه شخصى مقصور على المضرور نفسه، فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال الا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محققه، وقد عرضت المادة (٢٢٢) لتحديد ذلك فذكرت ان انتقال حق التعويض لايتم الا باحدى طريقتين: ان يكون التعوض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول، وتحديد التعويض على هذا الوجه يقتضى اتفاقا بين الاثنين، أو أن يكون الاتفاق قد استعصى فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسئول بالتعويض، أى أن يكون قد رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم، أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض الى أحد، بل يزول الحق بموت [1] المضرور.

٤٨٨ ـــ ويبدو مما ذكرته المادة (٢٢٢) ان القانون المدنى الجديد قد سلك منهج التشديد في تعويض الضرر الأدبي من ناحيتين، الاولى: ناحية من له الحق في المطالبة به، والثانية: ناحية تقييد انتقاله إلى الغير. ونود أن نشير إلى ذلك في فرعين:

(١) كان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم، لكنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لايكتفي ـ إذا لم يوجد اتفاق ـ بالمطالبة القضائية، بل يشترط صدور حكم نهائي يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره، الوسيط للسنهورى ـ جـ ١ـ ص ٨٧١ ومابعدها. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠م، بأن الورثة لاينتقل اليهم حق مورثهم في التعويض عن الضرر الادبي الا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث اما باتفاق مقدم أو بحكم نهائي، فإذا مات أثناء نظر القضية أمام المحكمة لاينتقل حق التعويض، مشار اليه في السنهورى ـ السابق ـ نفس المكان ـ هامش (١).

## ( الفرع الأول )
## الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضــرر الأدبـي

٤٨٩ ــ وبداية فان كل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة عنه، فإذا كان الضرر الادبي هو موت شخص، يجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ويراد أن ينتقل حق التعويض عن موته إلى ورثته، والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصى من جراء موته.

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته ذلك ان التعويض عن الضرر الادبي، لاينتقل بالميراث الا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، وفي تلك الحالة لايتصور شيىء من ذلك، لان المضرور بموته لا يمكن أن يكون قد حدد التعويض لاباتفاق أو مطالبة أمام القضاء[1].

٤٩٠ ــ بقى الضرر الذي يصيب ذوى الميت بطريق مباشر، وهنا عرض النص إلى تحديد من يجوز الحكم له بالتعويض، فذكر أنه لايجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقـارب إلى الدرجة الثانية (مادة ٢/٢٢٢)، ويتبين من ذلك ان الحق في المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحى وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية، وهم أبوه وأمه وجده وجدته لابيه أو لامه، وأولاده وأولاد أولاده وأخوته واخواته، ولايعطى القاضى تعـويضا لهؤلاء جميعا إذا وجدوا، ولكن يعطى التعويض لمن أصابه منهم ألم حقيقي بموت المصاب يتحقق معه وجود الضرر الادبي المتمثل في الحزن الشديد والالم المرير، وبداهة فان هذا الضرر يختلف عن الضرر المادى، حيث تكون العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت، ومن كان الميت يعوله فعلا، فإذا كان الاقارب لايدخلون ضمن هؤلاء الذين حددتهم المادة السابقة، فانهم لايكونون أحرياء بالحكم لهم بتعويض عن الضرر الادبي مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب، فمثلا لايجوز الحكم بتعـويض عن الضرر الادبي لأولاد الاخـوة والاخوات ولا للاعمام والاخوال والعمات والخالات، ولا لاولادهم من باب أولى ولا للخطيب والخطيبة، ولا للاصدقاء

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - ص ٨٦٩.

مهما كان الميت قريبا إلى نفوسهم(٢).

٤٩١ ــ أما إذا كان المصاب لم يمت فتعويض ذويه عن الضرر الادبي الذي لحقهم باصابته يجب الاخذ فيه بحذر أكبر، وان كان النص لم يعرض الا لحالة الموت، وترك مادون ذلك لتقدير القاضى، ومن الصعب ـ كما يقول الاستاذ الدكتور السنهورى ـ ان نتصور تعويضا يعطى عن الضرر الادبي في هذه الحالة لغير الأم والاب(٣).

٤٩٢ ــ مقاصد التقييد في التشريع المصرى:

لقد رأى المشرع المصرى ان اطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الادبي، يجعله يشمل الضرر الادبي الذي يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلى مادى أو أدبى يقع على شخص معين، كالحزن الذي يصيب أقارب القتيل، وأصدقاءه ومريديه وجيرانه ومعارفه، وانه يخشى من ذلك أن يحفز عددا كبيرا من أولئك الأقارب والأصدقاء والمعارف إلى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد، ويهبط ذلك ذمة المسئول، وقد يسبب اعساره ومزاحمة طالبى التعويض بعضهم البعض في اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الأقارب الاقربين، حين لايحصلون في ظل ذلك الاطلاق من التعويض المستحق لهم الا على قدر يسير(٤).

---

(٢) كان القضاء المصرى فيما مضى يضيق من درجة الاقارب فيقصر حق التعويض على الاب والام فقط، حكم محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢م، ٥٤ـ ص ١١٧، بل ان الاب إذا قامت قرينة على كرهه لولده كهجره اياه أو عدم التفكير فيه الا عند موته، لايكون حريا بالتعويض عن موته، استئناف مختلط في ١ يونيو سنة ١٩٣٥م ٤٧ـ ص ٣٤٩، وكان المشروع النهائي للمادة المذكورة قد وسع في حلقة الاقارب والاصهار، فضيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الحلقة على النحو الذي تمت به المادة (٢٢٢/٢)، راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٥٦٨.

(٣) الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٧١.

(٤) د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٥٩، وراجع في هذا المعنى: د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ مصادر الالتزام ـ ص ٤٤٢ ـ طبعة ١٩٥٤م، وقارن: د. جميل الشرقاوى ـ السابق ـ ص ٤٨٦، حيث يقرر، ان نص المادة ٢٢٢ يقصر حق طلب التعويض عن الحزن لما ينزل بالغير على حال الوفاة دون غيرها من الاصابات، وبالنسبة للاشخاص الذين يحددهم، ولا =

وقد كانت المحاكم قد لاحظت ذلك من قبل ورأت ضرورة تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم المطالبة بتعويض عما يصيبهم من ألم بسبب الاعتداء على حياة المجنى عليه الاصلى، فقضت في بعض الأحوال بالتعويض للاب والام عن وفاة ولد هما وللابن والبنت عن وفاة والدهما، وقضت به أحيانا للاب والاخوة معا، أو للأخت الشقيقة أو للأخت لام عن وفاة أخيها، أو للخال عن وفاة ابن اخته، لكنها أحيانا أخرى رفضت التعـويض للاخوة لام، بل حتى للاخوة الأشقاء، وقصرته على الأصول والفروع، وذهب بعض تلك الاحكام إلى قصر التعويض عن الضرر الادبي على الابن الصغير دون الزوج أو الاب، غير أنها في الاحوال التي رأت فيها جواز المطالبة بتعويض لم تكتف بدرجـة القرابة في ذاتها، بل باعتبارها قرينة قابلة لاثبات العكس على تحقق الضرر الادبي في شخص طالب التعويض، فرفضت تعويض الاب عما ادعاه من ضرر أدبى أصابه بسبب موت ابنه بعد أن ثبت لديها، أنه كان قد ترك ابنه وشرده، ولم يعد يهتم به الا منذ علم بوفاته، ورأى فيها فرصة للكسب، كما رفضت دعوى التعويض باسم أطفال صغار عن الضرر الادبي الذي أصابهم بموت أخيهم، اذ وجدت ان صغر سن المدعين يجعلهم بعيدين عن الاحساس بألم حقيقى لموت أخيهم، أى أن المحاكم كانت تعتبر الامر في صلة طالب التعويض بالمجنى عليه الاصلى، وفي تحقق الضرر فيه أو عدمه، متعلقا بالواقع، ومتروكا تقديره لمحكمة الموضوع بحسب كل حالة وظروفها(٥)، بل ان بعض المحـاكم قد فرضت من لدنها حلولا ينقصا السند التشريعى، فجنبنا القـانون المدنى الجديد مشقة ذلك(٦). وبذلك قيد المشرع المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الادبي المرتد وبين عزيزه الذي فقده، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر، ولا الحكم بالتعويض عن الالم الذي يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور، مالم يكن طالب التعويض زوجا لذلك العزيز أو قريبا له من الدرجة الثانية، وليس معنى ذلك ان هؤلاء الاشخاص يجوز لهم جميعا لمجرد صلتهم بالمجنى عليه طلب التعويض عن موته، بل لابد أن يثبت كل من يطالب

= يجيـز طلب التعـويض لهذا السبب في أيـة صورة أخرى للتألم لما يحل بالغير، وراجع: د. عبدالحى حجازى - السابق - ص ٤٧٧، د. عبدالمنعم فرج الصده - السابق - ص ٤٩٤، د. أنور سلطان - السابق ص ٣٣٠، د. عبدالودود يحيى - مصادر الالتزام - ص ٢٢٨.

(٥) د. سليمان مرقس - الفعل الضار - السابق - ص ١٦٠، والاحكام المشار اليها فيه.

(٦) د. أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع والمكان السابقان.

بتعويض منهم ان صلته بالفقيد جعلته يتألم حقيقة لموته[٧].

٤٩٣ ــ ويلاحظ أنه إذا كان القانون قد اقتصر على ذكر تعويض الأقارب عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب، فإن ذلك لاينفى حقهم في التعويض عما يحسونه من الم بسبب اى أذى آخر دون الموت، كتشويه المصاب أو بتر عضو من أعضائه، أو اصابته بعاهة مستديمة[٨]، وقد يتبادر إلى الذهن ان الحصر الوارد في المادة (٢٢٢) للأقارب الذين يثبت لهم الحق في التعويض عما يحسونه من ألم بسبب موت المصاب لايكون منطبقا حالتئذ، ولكن الواقع ان هذا الحصر يكون في تلك الحالة واجب الاتباع من باب أولى، بل يجب زيادة التضييق فيه، لانه كلما كان الضرر الذي حل بالمصاب الاصلى أخف كان تألم أقاربه لضرره أقل[٩]، فإذا تضاءل ذلك الضرر أو اقتصر على أن يكون ضررا أدبيا فحسب، فالغالب ألا يكون هناك محل لتعويض أقارب المصاب الاصلى عما قد يدعونه من ضرر أدبى مرتد، حتى ان الاستاذ السنهورى ـ يرى كما سبق القول ـ انه من الصعب أن نتصور تعويضا يعطى عن الضرر الادبي في هذه الحالة لغير الاب والام[١٠].

٤٩٤ ــ وإذا تعدد الأشخاص الذين أصابهم ضرر أدبى مرتد عن اصابة المجنى عليه الأصلية، وتوافرت فيهم جميعا الشروط اللازمة للحصول على تعويض عن الضرر الادبي، وبخاصة صفة الزوجية أو درجة القرابة المطلوبة، ثبت لكل منهم حق مستقل عن حق غيره في الحصول على تعويض عما أصابه شخصيا من ضرر أدبي بسبب موت المجنى عليه، فيجوز لهم أن يطالبوا بهذه التعويضات مجتمعين أو متفرقين، دون أن يمس استعمال أحدهم حقه في ذلك بحقوق الآخرين فيه، فلا يحجب أحدهم غيره، ولايلزمون بمراعاة أى ترتيب في رفع دعاواهم فيجوز مثلا، للأب وللأم أن يطالبا بالتعويض عن قتل ولدهما في دعوى واحدة فيحكم لكل منهما بما يستحقه من تعويض بقدر ما أصابه من ضرر، ويجوز أن يرفع كل منهما دعوى مستقلة بحقه، وأن يكون ذلك في وقت واحد أو على التوالى، ولا تؤثر دعوى أيهما في الدعوى الأخرى، كما ان الدعوى

(٧) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٦١.

(٨) د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٨٧١.

(٩) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٦٢.

(١٠) السنهورى ـ المرجع نفسه ـ ص ٨٧١.

المرفوعة منهما معا أو من أيهما، لاتحول دون مباشرة زوجة ولدهما المجنى عليه الاصلى أو أولاده حقوقهم في طلب التعويض عما أصابهم شخصيا من أضرار مادية وأدبية[١١].

**٤٩٥ ـ اتجاه بعض التشريعات في توسيع دائرة الأقارب:**

ذلك هو موقف القانون المدنى المصرى، وهو الموقف الذي اختاره المشرعان السورى والليبى، أمـا التقنينات: العراقى والأردني واللبناني فقد نحى كل منها منحى آخر، فالمشرع العراقى لم يشأ فيما يتعلق بالأقارب الذين يرتد عليهم ضرر أدبي بسبب موت المجنى عليه، أن يتبع التحديد الذي أخذ به التقنين المصرى، ومن بعده التقنينان السورى والليبى، فلم يقصر الحق في التعويض في هذه الحالة على الأقارب إلى الدرجة الثانية، بل اطلقه حين نص على أنه يجوز أن يقضى بالتعويض للازواج وللأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصـاب فجعـل تقدير صلة القرابة متروكة للمحكمة تقضى فيها بما تراه.

وقد اختلف الفقه في ذلك، فذهب رأى وجيه إلى أنهم يجب أن يكونوا من ورثة هذا الاخير[١٢]، بينما ذهب رأى آخر إلى أن تقدير القرابة متروكة للمحكمة لتقدرها من واقع ظروف كل حالة[١٣]، وفي نفس هذا المعنى، نصت المادة (٢/٢٦٧) من التقنين المدنى الأردنى بقولها: ويجوز أن يقضى بالضمان (في الضرر الأدبي)، للأزواج، والاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. وقد ورد نفس لفظ تلك المادة في مشروع قانـون المعـاملات المالية العربية الموحد الذي أعدته لجنة الخبراء بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية في الدائرة القانونية بتونس سنة ١٩٨٤م، وذلك في المادة (٢/٢٧١) من مشروع هذا القانون[١٤]، أما القانون اللبناني فقد أجاز للقاضى أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك مايبررها من صلة القربى الشرعية، أو صلة الرحم وذلك في المادة (٣/١٣٤) موجبات وعقود، ويرى الاستاذ الدكتور انور سلطان: ان لفظ الـرحم في النص العربي هو ترجمة خاطئة للفظ alliance الوارد في

(١١) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ١٦٢ وما بعدها.

(١٢) د. حسن الذنون ـ النظرية العامة للالتزام ـ جـ ١ ـ ص ٣١١، بغداد ١٩٦٩م.

(١٣) د. عبدالمجيد الحكيم ـ مصادر الالتزام ـ ص ٥٣٦، بغداد سنة ١٩٦٩م.

(١٤) ملحق في الفعل الضار، للدكتور مصطفى الزرقا ـ ص ٢٢٥، دار القلم بدمشق.

النص الفرنسى وترجمته الصحيحة، المصاهرة، وعلى هذا يقتصر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي في القانون اللبناني على الاشخاص الذين تربطهم بالمصاب قرابة نسب أو مصاهرة ومنهم الزوجان، وهذا الحكم يؤخذ، في حالة موت أو عدم موت المصاب[١٥].

## ( الفرع الثاني )
## قيود انتقال الحق في التعويض إلى الورثة

أما بخصوص انتقال حق التعويض إلى الورثة، فان الفقه والقضاء يفرقان بين الضرر المادى والضرر الأدبي من ناحية انتقال كل منهما إلى الورثة وينبغى بيان ذلك.

٤٩٦ ــ *أولا: انتقال الحق في التعويض الضرر المادى:*

أما الضرر المادى فانه هو الذي يسبب للانسان خسارة مالية، وهو نوعان: نوع يصيبه مباشرة في ماله، أى في حق من الحقوق التي تدخل في تقييم ثروته، ونوع يصيبه في جسمه اصابة تفقده القدرة على الكسب، سواء كان فقد القدرة كليا أو بعضيا، أو يصيبه في سمعته اصابة تحول عنه عملاءه، والضرر الادبي هو الذي يصيب الانسان في جسمه اصابة تسبب له آلا ما جسمانية أو يصيبه في عاطفته أو في شرفه أو في كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية.

٤٩٧ ــ *أ ـ أما بالنسبة للضرر المادى المتعلق بالمال:*

فانه لاخلاف بين الفقهاء في أن الضرر المادى الذي يصيب المال مباشرة يخول المضرور حقا في التعويض يعتبر حقا ماليا له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه إلى ورثته سواء أكان قد طالب به أمام القضاء وحكم له به قبل وفاته أم لم يطالب، أم طالب ولما

(١٥) د. أنور سلطان ـ النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصرى واللبنانى ـ ص ٣٣٠ ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣م، د. محمد لبيب شنب ـ موجز في مصادر الالتزام ـ ص ٢٣ ـ دار النهضة العربية ١٩٦٩م.

يحكم له[١].

ويتفرع على هذا الحكم، ان هذا الحق يأخذ حكم سائر موجودات التركة، ويقسم بين كل منهم حسب نصيبه الشرعى، سواء منهم من ارتد عليه ضرر شخصى نتيجة للضرر الذي وقع على المورث الاصلى، ومن لم يرتد عليه أى ضرر، غاية الامر ان من ارتـد عليه ضرر شخصى، يثبت له فوق حقه الموروث التعويض الذي نشأ في ذمة مورثه. حق خاص ينشأ في ذمته هو مقابل ما أصابه من ضرر شخصى (الضرر المرتد)، فيجمع في هذه الحالة بين الحقين، لانهما عن ضررين متميزين لاتتنافى المطالبة بتعويض أحدهما مع المطالبة بتعويض الآخر[٢]، وقد سبق بيان ذلك في القسم الاول من هذا البحث[٣]، فإذا كان المورث الذي مات بسبب الفعل الضار يعول واحدا فقط من ورثته كزوجته، دون الاخرين كابنائه الذين بلغوا رشدهم واستقلوا بمعيشتهم، فانه يثبت للوارث المعول حق شخصى في التعويض خاص به، فوق نصيبه الموروث في التعويض الذي نشأ في ذمة مورثه والذي يشاركه فيه سائر الورثة[٤].

### ٤٩٨ ـــ ب ـ *وأما الضرر المادى الناشىء عن المساس بحق أدبي:*

وأما عن الضرر المادى الناشىء عن المساس بحق أدبى كالذي يصيب الانسان من طريق اصابته في جسمه أو في حريته أو في سمعته فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه يعطى المضرور حقا في التعويض، لكن هذا الحق يكون حقا شخصيا بحتا

---

(١) في هذا المعنى: د. سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات على الاحكام في المسئولية المدنية ـ ص ٢٣١، والفعل الضار ـ السابق ـ ص ١٦٣، ومصطفى مرعى بك ـ السابق ـ فقرة ٣٢٥، د. أحمد شرف الدين ـ انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدى ـ ص ٧٩ ومابعدها، د. سعيد عبدالسلام ـ التعويض عن ضرر النفس ـ ص ٢٢٣ ومابعده.

(٢) د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ١٩٨، فقرة ٦١٦، حيث يقرر: ان القاعدة هى ان المطالبة بالتعويض تثبت لخلف المضرور، عاما أو خاصا، وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له، د. جمال زكى ـ السابق ـ ص ٥١٢، د. أحمد سلامة ـ السابق ـ فقرة ١٨٢ ـ ص ٨٥، محمد لبيب شنب ـ السابق ـ ص ٣٤٠، د. عبدالحى حجازى ـ السابق ص ٤٨٩، وراجع: نقض جنائى مصرى في ١٢ مارس ١٩٤٤م ـ المحاماه ٢٦ـ٢١٢ـ٥٦٥، حيث يقرر انتقال الحق في التعويض عن الضررين الادبي والمادى الناشئين عن الاصابة الى ورثة المضرور.

(٣) انظر: ص ١٠٨ وما بعدها من هذا الكتاب.

(٤) د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٦٤.

لاينتقل من بعده إلى ورثته [٥] غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضى تحت تأثير الفقيه لابييه Labbe ، وقررت ان الضرر المادى سواء أصاب المضرور في ماله مباشرة أم أصابه من طريق أصابته في جسمه أو في حريته أو سمعته يخوله حقا في التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية، وينتقل من بعده إلى ورثته[٦].

ان ممارسة الورثة لهذا الحق يعتبر نوعا من إعادة التوازن إلى ذمة المتوفى، وإذا كانت الوفاة قد حالت دون أن يباشر المضرور عملية اعادة هذا التوازن فلا أقل من أن يمارسه الورثة نيابة عنه باعتبارهم امتداد لشخص مورثهم[٧]، فان قيل ان المضرور المباشر لايمكنه بداهة بعد وفاته أن يطالب بالتعويض فلا يجوز لورثته أن يطالبوا بها لم يقدر هو على المطالبة به، فان هذا القول يمكن رده بوجوب التفرقة بين الحق في التعويض، وبين استعمال أو ممارسة الدعوى بهذا الحق، اذ ان استحالة مباشرة الدعوى من المضرور لاتعنى عدم الانتقال إلى الورثة، إن حق التعويض إذا كان قد ترتب للمضرور قبل وفاته، أليس من العدل أن يسمح لورثته بمباشرة الدعوى به متى استحال عليه ذلك لاسباب لاتتعلق بموضوع حقه، ولكن لعدم وجود الوقت الكافى الذي يملك أن يباشر هذه الدعوى خلاله، والورثة حين يباشرون هذه الدعوى انما يفعلون ذلك باعتبارهم امتداد لشخص هذا الاخير أو نوابه الطبيعين[٨].

فالخلاصة: ان الحق في التعويض عن الضرر المادى الناتج عن الاصابة الجسدية أو عن الموت ينتقل مع باقى عناصر ذمة المتوفى إلى ورثته، وليس في القانون ما يمنع ذلك بل ان العدالةِ توجبه[٩].

**٤٩٩ ـــ *ثانيا: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي:***

لايثور التساؤل بالنسبة لانتقال الحق في التعويض عن الاضرار الجسدية في جانبها

---

(٥) د. سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات على الاحكام ـ السابق ـ ص ٢٤١ وما بعدها، د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٨٠ وما بعدها.

(٦) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٤٢.

(٧) مازو ـ السابق ـ جـ ٢ ـ ص ١٠٣٣.

(٨) المرجع والمكان السابقان.

(٩) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٨٢.

الادبي إلى الورثة الا في الحالة التي يتوفى فيها المضرور قبل أن يحصل على حكم بهذا التعويض، سواء أكان قد رفع الدعوى به أم لم يرفع، أما إذا كان المضرور قد رفع الدعوى وحصل على حكم فيها بالتعويض فان مبلغ التعويض يدخل في ذمته المالية وينتقل إلى ورثته بعد وفاته مثله في ذلك مثل باقى عناصر التركة.

فإذا توفى المضرور قبل أن يحصل على حكم بالتعويض عما لحقه من ضرر، وبصفة خاصة قبل أن يرفع الدعوى به، فهل ينتقل الحق فيه إلى ورثته؟[١٠]

ان الاجابة عن هذا التساؤل يتنازعها عدد من الاتجاهات التي تدور بين الاطلاق والتقييد، مما يقتضى بيان تلك الاتجاهات وموقف القانون المدنى المصرى منها.

### ٥٠٠ ــ ١ - *الاتجاهات التي تحكم انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي:*

هناك اتجاهان رئيسان يحكمان انتقال حق التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثة أولهما: الاتجاه المقيد والذي يبدو أنه قد ولد متأثرا بالخلاف الذي ثار حول استحقاق المصاب تعويضا عنه أو عدمه، حيث ان هذا الخلاف قد أثر في قوة هذا الحق بعد أن اعترف به، ومن ثم في جواز انتقاله إلى الورثة أو عدمه[١١]، وهذا الاتجاه يقوم على أسس معينة تتعلق بنشوء الحق في التعويض وطبيعته، وموقف المضرور قبل وفاته، والهدف من التعويض عن الضرر الأدبي، وقواعد الاختصاص القضائي، وثانيهما: الاتجاه الثاني وهو الذي ينادى بانتقال هذا الحق إلى الورثة مادام المضرور لم يتنازل عنه قبل موته، ونبين هذين الاتجاهين:

### ٥٠١ ــ الاتجاه الاول: تقييد انتقال حق التعويض إلى الورثة:

من المعروف ان اتجاه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر نحو تعويض الضرر الادبي، جاء على انقاض رفض المحاكم التسليم بهذا الحق أول الامر بناء على الحجج المعروفة والتي منها: ان الضرر الادبي لايعتبر خسارة مالية، فلا ينجبر بالتعويض المالي،

---

(١٠) هذا السؤال يعرض أيا كانت طبيعة أو صورة الضرر الادبي يستوى أن يكون الما جسديا أو نفسيا نتج عن الاصابة الجسدية، ألم من جراء فقد عزيز، الاعتداء على الشرف والاعتبار . . . الخ، ذلك ماعبرت عنه الدائرة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية عن الضرر الذي لحق المورث، والذي يطلب الوارث تعويضه، بأنه ضرر وراثي.

(١١) د. سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٦٤.

وان تعويضه بالمال مما ينافى المثل العليا، وانه لايمكن تقويمه بالمال مما يقطع بأن تقديره سيكون تحكميا فلايمكن أن يحقق العدالة، غير ان المحاكم قد عدلت عن هذا الاتجاه، وانعقد اجماع الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الادبي منذ زمن، غير ان هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر الادبي، ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه، مما جعل الشراح والمحاكم يختلفون في طبيعة هذا الحق على نحو يجعل انتقاله إلى الورثة محكوما بازالة الخلط الذي وقع حول طبيعته(١٢).

**٥٠٢ ـ الاسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد:**

وكما سبق القول، فان الاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثة يستند إلى حجج مستمدة من اعتبارات تتصل بنشؤ هذا الحق وطبيعته، ومن موقف المضرور قبل وفاته، ومن الهدف من التعويض، ومن قواعد الاختصاص القضائي:

**٥٠٣ ـ *أ ـ طبيعة الحق ونشأته:***

يعتبر التعويض عن الضرر الادبي في رأى بعض الفقهاء حقا شخصيا يتوقف اعتباره من الحقوق المالية، ومن ثم دخوله في ذمة المضرور على تقدير هذا الاخير ومطالبته به، ويترتب على ذلك انه إذا توفى المضرور قبل أن يطالب بهذا الحق، فانه ينقضى ويمتنع انتقاله إلى ورثته(١٣)، ذلك ان الضرر لايمس ذمة المضرور لانه ضرر غير مالى لاتنقضى به الذمة المالية له وليس للورثة بالتالي المطالبة بجبر هذا الانتقاض لانه لم يوجد، وحتى إذا قيل ان دعوى التعويض تعتبر حقا ماليا، فان المضرور وحده هو الذي يستطيع أن يباشرها لسببين:

---

(١٢) في هذا المعنى: د. سليمان مرقس ـ بحوث وتعلقات على الاحكام ـ السابق ـ ص ٢٤٢ ـ وما بعدها.

(١٣) د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ السابق ـ فقرة ٤٦٧، وعبدالسلام ذهنى بك ـ في الالتزامات ـ فقرة ٧٩٤ ـ ص ٧٣٥، د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٦٤ وما بعدها، وبحوث وتعليقات ـ السابق ـ ص ٢٤٢ ومابعدها والمراجع المشار اليها فيه، د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٣.

*أولها:* ان التعويض المقابل لحق غير مالي يصعب تقديره بدون تدخل المضرور لانه وحده هو الذي يستطيع أن يفصح عن مقدار ماحل به من ضرر.

*ثانيها:* ان هذا الحق يتصل بشخص المضرور طبقا للمادة (٢٣٥) مدنى مصرى والمادة (١١٦٦) مدنى فرنسى، واللتان تعالجان أمر استعمال الدائنين للدعوى غير المباشرة، بحيث لايجوز لغير شخص المضرور ان يقوم مقامه في المطالبة به، ومؤدى ذلك ان الحق في التعويض عن الضرر الادبي لايعتبر حقا ماليا الا إذا رفع المضرور الدعوى به قبل موته، فدعوى التعويض عن الضرر الادبي، لاتأخذ الطابع المالى الا إذا قرر المضرور ان يحولها إلى حق مالى من خلال رفعها، حيث يكون بذلك قد حول الضرر الادبي إلى حق مالى يدخل في ذمته المالية وينتقل بموته إلى ورثته[١٤].

### ٥٠٤ ـــ ب ـ *افتراض تنازل المضرور قبل وفاته:*

ومن الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثة، افتراض ان المضرور قد تنازل عن حقه في التعويض قبل وفاته، وذلك استنادا إلى ما تقضى به قواعد القانون الرومانى، من أن المضرور إذا توفى قبل أن يرفع دعوى التعويض الناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث، يجوز أن يكون قد تنازل عنها قبل وفاته[١٥]. ومن ثم فانه ليس للورثة بعد ذلك أن يباشروا هذه الدعوى، يضاف إلى ذلك ان تلك الدعوى انما تستهدف اشباع رغبة الانتقام لدى المضرور ومثل تلك الدعاوى تنقضى بموت صاحبها، فإذا توفى هذا دون أن يرفعها، فيفترض أنه قد عفى من المسئول[١٦].

---

(١٤) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٤.

(١٥) حكم الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠م في القضية رقم ١٠٤٢ لسنة ٢٠ القضائية، وقد جاء فيه: ان القول بأن الدعوى المدنية المرفوعة من ورثة المجنى عليه لاتقبل، هو قول القانون الرومانى تأسيسا على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته، وراجع: تعليق د. سليمان مرقس على هذا الحكم ـ في بحوث وتعليقات ـ السابق ـ ص ٢٣٩ ومابعدها.

(١٦) كاربونية في القانون المدنى ـ جـ ٤ ـ ص ٣١٥، مشار اليه في د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٥.

**٥٠٥ ـ جـ ـ *شخصية التعويض عن الضرر الادبي*:**

ويقول أنصار الاتجاه المقيد: ان الهدف من تعويض الضرر الادبي ذو طابع شخصي يقتضي منح التعويض لمن أصيب شخصيا بالضرر، ذلك ان القيم المعوض عنها هي في الاصل قيم غير مالية، ومع ذلك فانه رغم عدم ماليتها تسمو على القيم المالية وتسبقها في نفس المضرور، ومن ثم فانه لايمكن لاى مبلغ من النقود أن يجبر مثل هذا الضرر الذي يمس تلك القيم اللهم الا إذا استهدف المبلغ المدفوع كتعويض عنها التخفيف عن المضرور وتسليته، وهذا يقتضي دفع التعويض له شخصيا، كما أن دفعه إلى الورثة ـ وشأنه كذلك ـ يخالف المقصود منه، ويتعارض مع الارتقاء الانساني للشخصي، وسيعتبر التعويض عقوبة للمسئول أكثر منه تعويضا للمضرور، كما انه سيعتبر اثراء للورثة بسبب ما أصاب مورثهم من ضرر أدبي، وهذا الاثراء ليس له مايبرره[١٧].

**٥٠٦ ـ د ـ *مخالفة انتقال التعويض لقواعد الاختصاص القضائي*:**

وهناك أساس رابع يستند اليه الاتجاه المقيد، حاصلة: ان القول بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي يتنافى مع قواعد الاختصاص القضائي، والتي بمقتضاها لايسمح قانون الاجراءات الجنائية برفع الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية الا لمن أصابه ضرر مباشر وشخصي من جراء الجريمة، ولئن كان الضرر الادبي بالنسبة للمضرور يعتبر ضررا شخصيا ومباشرا، فإنه لايعتبر كذلك بالنسبة لورثته، وقد رفضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية ـ تطبيقا لتلك القواعد ـ قبول الدعوى التي يرفعها الورثة للمطالبة بتعويض ما أصاب مورثهم من ضرر أدبي بسبب الاعتداء عليه، اذ أن مثل هذا الضرر وتعويضه يعتبر من الأمور الشخصية بالنسبة للمضرور، فلا يجوز لورثته أن يقوموا مقامه في رفعها إذا كان المضرور نفسه لم يقم برفعها أثناء حياته[١٨].

---

(١٧) د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٤٧٦، د. أحمد شرف الدين ـ المرجع السابق ص ٩٦، والمراجع المشار اليها فيه.

(١٨) في هذا المعنى: ، حكم محكمة النقض الجنائي المصرى في ١٥ يناير سنة ١٩٧٤م، مجموعة النقض الجنائى ـ السنة ٢٥ ـ ص٣٦، ونقض جنائي فرنسى في ٢٨ يناير سنة ١٩٦٠ ـ دالوز ١٩٦٠ ـ ٤٧٤، مشار اليه في د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٦ ـ هامش ٣٢٥.

هذه هى الاسس التي استند اليها أصحاب الاتجاه المقيد ويبدو أنها لم تسلم من المناقشة، حيث أورد أصحاب الاتجاه الثاني والذي يقضى بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثة، عليها عددا من المناقشات التي تردها والتي يتأسس عليها رأيهم كما سنرى.

**٥٠٧ ـ *الاتجاه الثاني: انتقال حق التعويض مادام المضرور لم يتنازل عنه:***

وهذا الاتجاه يعتبر عكس الاتجاه المقيد، وقد قال به فريق من الشراح، وحاصل رأيهم، أن الحق في التعويض عن الضر الادبي ينتقل إلى الورثة مثله في ذلك كمثل الضرر المادى، وليس هناك من قيد على هذا الانتقال سوى عدم تنازل المضرور عنه[١٩]، وقد خطت المحاكم الفرنسية، ومن قبل محكمة النقض البلجيكية خطوات إلى الامام بخصوص تدعيم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي من خلال اعتناق هذا الاتجاه بينما سارت المحاكم المصرية في هذا الاتجاه خطوة إلى الوراء، حيث تشددت في انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثة، فلم تكتف في هذا الصدد بأن يكون المصاب قد طالب بهذا الحق حال حياته، بل اشترطت أن يكون حقه قد تقرر قبل وفاته اما بحكم نهائي واما باتفاق بين الطرفين.[٢٠].

(١٩) راجع: د. سليمان مرقس ـ بحوث وتعليقات ـ السابق ـ ص ٢٤٥، وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (نقض بلجيكى ٣٠/ ٦/ ١٩٣٠، مجلة التأمين والمسئولية ـ ص ١٠٥٩) وتابعتها في ذلك سائر المحاكم البلجيكية، كما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمين بتاريخ ٢٩ يناير سنة ١٩٣١، ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧، ثم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيو سنة ١٩٤٣، المرجع والمكان السابقان، دروس في المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٥٤ ـ ص ١٤١ هامش (٣)، وقد جاء في الحكم الاخير: ان هذا الحق ينتقل الى ورثة المجنى عليه كما ينتقل اليهم حقه في التعويض عن الضرر المادى ما دام المجنى عليه لم ينزل عنه قبل وفاته.

(٢٠) حكم محكمة الاستئناف المختلط في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠، ٥٣ـ٢٠، و ١٥ يونيو سنة ١٩٤٨، ٥٠ـ٣٦٧ وقد جاء فيه: انّ حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب المجنى عليه في حادثه، كالألم الجسمانى والاضطراب النفسي، حق متصل بشخصه مقصود منه ايصال التعويض اليه شخصيا، فهو حق غير داخل في ذمة المجنى عليه المالية وغير قابل للانتقال بسبب الوفاة، فينتقض بوفاة المجنى عليه قبل تقريره، ولو حصلت المطالبة به قبل الوفاة، غير أن محكمة النقض المصرية قد عدلت فيما يبدو عن هذا الاتجاه في حكمين لها صدر =

لكن القائلين بهذا الرأى لن يسلم لهم ما يريدون تقريره دون أن يتناولوا الاسس التي يقوم عليها رأى مخالفيهم بالمناقشة التي يستبين منها، صلاحية تلك الاسس لبناء الحكم عليها، ومن ثم ومن خلال ردهم لها يقيمون رأيهم.

**٥٠٨ ــ مناقشة الاسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد:**

من الاهمية لاصحاب الاتجاه القاضى بنقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة ان يناقشوا الاسس التي استند اليها المقيدون لانتقال هذا الحق، ومدى صحة ما أبدوه من أسانيد قانونية ففيما يتعلق بنشؤ الحق في التعويض وطبيعته غير المالية فان القول بأن حق التعويض عن الضرر الادبي لايعتبر حقا ماليا، ولايدخل بالتالي في ذمة المضرور الا بعد أن تصدر منه المطالبة به، هو قول لايتفق مع القواعد العامة في المسئولية المدنية، ولا مع المنطق، لان الحق في التعويض عن الضرر الادبي مثله في ذلك كمثل التعويض عن الضرر المادى تنشأ المصلحة فيه للمضرور من وقت وقوع الفعل الضار، ومن ثم فلا محل لتعليق نشؤ هذا الحق على المطالبة به، فضلا عن أن هذا التعليق لايتفق مع المنطق، لانه إذا كان الحق لايوجد ولايدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به، فان هذه المطالبة ذاتها، لاتصح قبل وجود الحق المطالب به، والقول بذلك يؤدى إلى الدور في حلقة مفرغة، ويجعل نشؤ الحق في التعويض مستحيلا[٢١].

فان قيل ان دين التعـويض النقدى لايوجد الا من يوم الحكم به، بحيث يعتبر الحكم منشئا أو محددا للحق في التعويض، قلنا ان هذا الحكم نفسه يعتبر كاشفا لهذا

---

= الأول منها في ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٠ (المحاماه ٣٢ - ١٢٨٦ - ٣٥٤) وقد نص على أن حق التعويض عن الضرر الادبي ينتقل الى الورثة مادام المورث لم يكن قد نزل عنه قبل وفاته، وصدر الحكم الثاني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ (المحاماه - ٣٢ - ١٣٥٤-٤٣٤)، وقد نص على أن: حق المورث في تعويض الضرر الادبي والدعوى به من الحقوق المالية التي تعد جزءا من تركته وتنتقل بوفاته الى ورثته مادام انه لم يأت ما يفيد نزوله عنه، وراجع في التعليق على هذين الحكمين: د. سليمان مرقس - بحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٣٨ وما بعدها حيث يرى: ان محكمـة النقض لم تخرج في هذين الحكمـين على مقتضى أحكـام القضاء السابقة، لان موضوع الدعوى الاولى كان ضررا جسميا ماديا لاضررا أدبيا بحتا، والدعوى الثانية كان حق المصاب قد تقرر بطلبه قبل وفاته فانتقل حقه الى ورثته.

(٢١) د. سليمان مرقس - بحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٤٤.

الحق الذي وجد من حيث المبدأ من وقت الفعل الضار، ان الالتزام الذي يقابل الحق هو التزام مالى، قابل للتقويم النقدى، وحكم القاضى كاشف يتعلق بمبدأ التعويض ولكنه منشيء بالنسبة لتحديد محلة من ناحية صورته ومقداره، وبناء عليه يكون الحق في التعويض حقا ماليا قبل رفع الدعوى به وقبل صدور الحكم بشأنه(٢٢).

٥٠٩ ــ والقول بأنه يصعب تقدير الضرر الادبي الذي أصاب المضرور إذا لم يرفع الدعوى بنفسه، غير مقبول لعدة اعتبارات، منها: ان الضرر لايقدر بواسطة المضرور، وانما يقدره القاضى، وصعوبة تقدير الضرر موجودة حتى لو رفع المضرور الدعوى بنفسه، فهو أمر لايمنع من قبول الدعوى (٢٣)، بل ان قرب الورثة من المضرور ومعاصرتهم لآلامه يمكنهم من معرفة ما أصابه من ضرر بصورة أكثر وضوحا من تلك التي يمكن أن يتوصل اليها القاضى من طريق الخبراء(٢٤).

٥١٠ ــ وما يقول به أصحاب الاتجاه المقيد من أن الحق في التعويض عن الضرر الادبي ينقضى إذا توفى المضرور قبل أن يطالب به، وحينئذ تعتبر عدم مطالبة المضرور بهذا الحق قبل وفاته قرينة على نزوله عنه، وبالتالي لايجوز لورثته أن يطالبوا به، ذلك أمر غير مسلم به، لانه لايمكن افتراض النزول عن الحق من مجرد عدم رفع الدعوى به قبل الوفاة، فقد تحدث الوفاة فور الاصابة فلايجد المضرور الوقت الكافى لرفعها، ان النزول عن الحق في التعويض لايفترض، وانما لابد أن يصدر من المضرور ما يدل عليه يقينا(٢٥)، وتلك القرينة غير مسلم بها لامن الفقه ولا من القضاء، ولا أساس لها من الصحة(٢٦)، وإذا كان سقوط الحق بناء على هذا الافتراض المرفوض غير متحقق (٢٧)، فان للورثة أن يمارسوا الدعوى بالحق في التعويض باسم مورثهم المضرور مادام ان هذا الحق لم يسقط بالتقادم.

---

(٢٢) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ٩٩.

(٢٣) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩٦٣ ـ فقرة ٦٣٩.

(٢٤) د. أحمد شرف الدين ـ المرجع والمكان السابقان.

(٢٥) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٤٤.

(٢٦) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١٠١.

(٢٧) مارتى ورينو ـ السابق ـ جـ ٢ ـ ص ٦٨، د. جمال الدين محمد زكى ـ السابق ـ ص ٤٩٥ ـ فقرة ٢٧٦.

٥١١ ــ وما يقال من أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، حق متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره عنه، لايسرى على الورثة في رأى بعض الفقهاء، لانهم ليسوا من الغير، بل يخلفون المورث في حدود تركته ويقومون مقامه في جميع حقوقه فيبقى شخص مورثهم مستمرا فيهم، كما أن هذا الحق له وجود في ذمة الشخص المالية، وانه يختلف عنه بعد وفاته فينتقل إلى ورثته في ضمن محتويات تركته، والورثة يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه في جميع حقوقه، خلافا للدائنين حال حياته(٢٨).

٥١٢ ــ وما يقال من أن الهدف من التعويض عن الضرر الادبي، يأبى أن يطالب الورثة به، نقول انه يتعين التفرقة بين الحق في التعويض باعتباره وسيلة، وبين الترضية المعنوية باعتبارها أثرا لهذا الحق، ومقصود التعويض ليس هو اعادة الحالة إلى ماكانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، والا فانه لايمكن اعادة المتوفى إلى قيد الحياة، ولكن المقصود به توفير بعض المزايا وشيئا من الترضية التي تزداد بقدرها محتويات الذمة الادبية للمضرور، فالاثر النهائى لدفع مبلغ التعويض هو اعادة الميزان الحسابى للذمة الادبية للمضرور، وإذا كانت الترضية قيمة معنوية، الا أنها تعتبر من ناحية التعويض عنها حقا ماليا ينتقل بوفاة المضرور إلى الورثة (٢٩)، وليس معنى ذلك أن الورثة يستفيدون ماليا من آلام المضرور وهذا غير مقبول، لان الحق قد نشأ قبل موت المضرور، ودخل في ذمته المالية، ولايعقل أن يخرج منها لمجرد وفاة المضرور قبل اقامة الدعوى به، والا كان من مصلحة المسئول أو يجهز على ضحيته في الحال ليتقى تعويض الضرر، ان معنى اشتراط اقامة الدعوى قبل وفاة المضرور ان يضيع الحق في تعويض الضرر الادبي الذي ينجم عن الوفاة الفورية رغم بشاعة الجرم في حالة العمد وجسامته في حالة الخطأ، وعند المفاضلة بين حصول الورثة على مقابل نقدى لالآم مورثهم المضرور، وبين استفادة المسئول عن موت المضرور الذي لم يرفع الدعوى يتعين اختيار الامر الاول(٣٠).

وهكذا تتساقط حجج الاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي

(٢٨) د. سليمان مرقس ـ السابق ـ ص ٢٤٤ وما بعدها.

(٢٩) الوسيط للسنهورى ـ ص ٩٨٤ ـ فقرة ٥٧٨، د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١٠٣.

(٣٠) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١٠٤، والمراجع المشار اليها فيه.

إلى الورثة، حيث اعتبرنا هؤلاء جميعا امتدادا لشخص المضرور، أما إذا اعتبرنا الورثة من الغير فان الامر سيكون على خلاف ذلك، ومن ثم يجب علينا أن نعنى ببيان صفة الورثة، وهل هم من الغير، أم يعتبرون النواب الطبيعيين لمورثهم المضرور؟، ذلك ما سنبحثه ونجيب عليه من خلال بيان موقف القانون المدنى المصرى من تلك الاتجاهات.

**٥١٣ ــ ٢ ـ *موقف القانون المدنى المصرى من تلك الاتجاهات*:**

يبدو أن القانون المدنى المصرى قد تأثر بالاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي، لكنه لم يصل في حد هذا التأثر إلى درجة اشتراط تقرير التعويض بحكم نهائى حاز قوة الشيء المحكوم فيه، على نحو ما كانت تقضى به المادة (٢٣٨) من التقنين المدنى المصرى، ومذكرة المشروع التمهيدى لتلك المادة، وهى تقابل المادة (٢٢٢) مدنى، والتي أبرزت القيود التي ترد على انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثة بقولها: ان هذا التعويض يصطبغ بصبغة أدبية تجعله شخصيا من وجه فلا ينتقل بطريق الميراث بأى حال من الاحوال الا إذا تأكدت صبغته المالية بعد تقديره نهائيا بالتراضى أو بحكم القاضى[٣١].

ولم يتأثر كذلك ببعض الأحكام القضائية التي صدرت في اطار هذا الاتجاه المبالغ في التقييد إلى حد اشتراط أن تكون مالية الحق في التعويض عن الضرر الادبي قد تحددت بمقتضى اتفاق أو حكم نهائى[٣٢]، وقد أفصح التقنين المدنى المصرى عن منحاه في التأثر بالاتجاه المقيد من خلال ما ذكرته الفقرة الاولى من المادة (٢٢٢) مدنى من انه يشترط لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الغير توافر أحد أمرين: اما أن يكون مبلغ التعويض قد تحدد باتفاق بين المضرور والمسئول، وما أن يكون المضرور قد طالب به أمام القضاء. وكما يبدو من نص المادة (٢٢٢/ ١) مدنى، انها لاتمنع من نشوء الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، بل أنها لتقضى به أيا كان مصدره، إن نص المادة

(٣١) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٣٩٢ ـ في الهامش، ومن المعروف ان التقنين المدنى قد اكتفى بمجرد رفع الدعوى.

(٣٢) مثل ما صدر عن محكمة الاستئناف المختلط في ١٧/ ١١/ ١٩٤٠، ١٥/٦/١٩٤٨ وقد سبقت الاشارة اليها.

المشار اليها لايعالج الا مسالة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي بعد نشوئه في ذمة المضرور، ولعل المشرع حين اشترط ان يكون مقدار التعويض قد تحدد بمقتضى الاتفاق، انما كان يقصد تأكيد صبغته المالية، كما أنه قصد من المطالبة القضائية اظهار ارادة المضرور قاطعة في المطالبة بهذا الحق الذي يتصل بشخصه، ومن ثم كانت غاية كل قيد تختلف عن غاية القيد الآخر، وهذا الاختلاف يثير تساؤلا حول مقصد المشرع من فرض تلك القيود وعما إذا كان يعتبر هذا الحق غير مالى قبل تحقق أحد الامرين اللذين أشارت اليهما المادة المذكورة؟، أم ان المشرع يعتبر هذا الحق ماليا، ولكن طابعه الشخصى قد استوقفه فمنع انتقاله إلى الغير حتى يظهر المضرور ارادته في المطالبة به؟، وإذا كان النص يعالج مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الغير، فهل هذا الوصف (وصف الغيرية) يسرى على الورثة ؟ ، ذلك ماينبغى دراسته في هذا المقام.

٥١٤ ــ ***أولا : الطابع المالى للحق في التعويض عن الضرر الأدبي:***

ذهب جانب من الفقه إلى أن المادة (١/٢٢٢) مدنى، بما وضعته من قيود على انتقال حق التعويض إلى الغير، تعد دليلا على أن المشرع اعتبر هذا الحق من نوع خاص ولايصبح حقا ماليا الا بعد الاتفاق على مقداره أو المطالبة به أمام القضاء[٣٣]، بينما ذهب رأى آخر نرجحه إلى أن هذا ليس قصد المشرع، بل لايجوز أن يكون هذا هو قصده، لان طبيعة الحق من حيث كونه ماليا أو غير مالى تتحدد بالنظر إلى محله من حيث امكان تقديره بالنقود من عدمه وقت نشوئه[٣٤] ولا يؤثر ذلك النظر في مدى امكان

(٣٣) د. أحمد سلامة ـ مذكرات في نظرية الالتزام ـ الكتاب الاول ـ مصادر الالتزام ـ ص ٢٨٦، طبعة ١٩٧٥م، د. سليمان مرقس ـ الفعل الضار ـ ص ١٦٨ ومابعدها، السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ فقرة ٥٧٩، د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ السابق ـ فقرة ٤٦٨، وراجع في هذا المعنى: حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩٥٧/٥/٣١، المنشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ـ السنة الاولى ـ العدد الرابع ـ ص ١٩٦.

(٣٤) في هذا المعنى: د. محمد شكرى سرور ـ النظرية العامة للحق ـ ص ٢١١ ـ طبعة ١٩٧٩، د. عبد الحي حجازى ـ نظرية الحق في القانون المدنى ـ ص ٥٠ ـ مكتبة سيد عبدالله وهبه، د. حمدى عبدالرحمن ـ فكرة الحق ـ ص ٧٦ وما بعدها، ومارتى ورينو ـ القانون المدنى ـ جـ ١ ـ فقرة ١٤٤، ومازو وجوجلار، دروس في القانون المدنى ـ جـ ١ ـ ـ المجلد الاول ـ ص ١٩٦ ـ طبعة ١٩٧٢، د. حسن كيره ـ أصول القانون ـ فقرة ٢٤٠ ـ ص ٥٧٦ ـ الطبعة الثانية ١٩٦٠، د. أحمد شرف الدين ـ السابق ص ١٠٧.

انتقاله، لان الانتقال أمر بعدى لايعرض الا بعد نشوء الحق، وبعد أن تكون طبيعته قد تحددت، والمادة المشار اليها لاتعالج الا أمر انتقال هذا الحق بعد أن نشأ، كما ان الاستناد في تحديد طبيعة هذا الحق إلى أمر انتقاله يؤدى إلى الدور في حلقة مفرغة، فالحق لاينتقل الا إذا كان ماليا، وهو لايكون ماليا الا إذا أمكن انتقاله، أى أن هذا دور وتسلسل وهو باطل.

ان المشرع لم يفرق بين الضرر المادى والادبي الا فيما يتعلق بانتقال الحق في التعويض عنهما، ولايجوز أن يستنتج من هذا ان الحق في تعويض الضرر الادبي هو حق غير مالى، فهذا الحق يعتبر حقا ماليا وفقا لما تقضى به القواعد العامة في المسئولية المدنية، وقواعد المنطق[٣٥].

وعلى فرض أن نص المادة ١/٢٢٢ مدنى ينطبق على انتقال الحق بالميراث فان هذا لايمنع من اعتباره حقا ماليا، وان القيد يرد على انتقاله فقط، اذ ليس هناك ما يمنع المشرع من أن يقرر عدم انتقال حق مالى معين يوجد في ذمة الشخص إلى ورثته الا بعد توافر شرط معين أو عدم شروط[٣٦]، كما أن مارجحته مذكرة المشروع التمهيدي للمادة (٢٣٨) من اعتبار الحق في التعويض عن الضرر الادبي حقا شخصيا، لاينتقل إلى الورثة الا إذا تأكدت صبغته المالية بالتراضى او بحكم القاضى، محل نظر، لان الحق يمكن أن يكون ماليا قبل ان يتم تقدير محله، متى كان في الامكان تقديرها، ولعل فيما أورده المشرع في المادة (١/٢٢٢) مدنى، مايكشف عن أنه قد لاحظ في حق التعويض عن الضرر الادبي جانبا يميزه عن غيره من الحقوق المالية، وهذا ما ينبغى ابرازه.

**٥١٥ ـ ثانيا: *الطابع الشخصى للحق في التعويض عن الضرر الأدبي*:**

وقد يقال من خلال تفسير المادة (١/٢٢٢) مدنى: إن حق التعويض عن الضرر الادبي يتصل اتصالا وثيقا بشخص المضرور، بحيث لاينتقل إلى غيره الا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة، وأن المادة المشار اليها، انما تحدد الحالتين اللتين تظهر فيهما

---

(٣٥) حكم محكمة جنايات الزقاريق الذي لم تعترض عليه محكمة النقض الجنائى في ١٤ مارس سنة ١٩٦٧، المجموعة س ١٨ ـ ص ٤١٥.

(٣٦) د. أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ١٠٨.

ارادة المضرور قاطعة في المطالبة، وهما حالة الاتفاق مع المسئول، وحالة المطالبة القضائية[٣٧].

ومثل هذا القول لايستقيم مع كافة القواعد التي تضمنتها المادة المشار اليها فلو كان الاساس في قابلية الحق في التعويض للانتقال إلى الغير هو مجرد ظهور ارادة المضرور قاطعة في المطالبة بالتعويض، لكان يكفى أن يكون المورث قد اتفق على مبدأ التعويض مع المسئول، ولو لم يكن قد تم الاتفاق على تحديد مقداره[٣٨]، أو أن يتخذ أى مظهر يدل بذاته على انصراف ارادته إلى المطالبة بهذا الحق، كإدلاء المجنى عليه بأقواله امام المحقق[٣٩]، أو تقدمه بطلب للجنة المعافاة المختصة لاعفائه من الرسوم وندب محامى لرفع الدعوى[٤٠]، أو أن يتصرف في حقه بالحوالة حتى ولو ثبت بعد ذلك بطلانها ويتعين في هذه الحالة وأمثالها انتقاله إلى ورثته[٤١].

ولايجوز أن يقال ان المشرع قد أقام قرينة قانونية على تنازل المضرور عن حقه في التعويض إذا توفى قبل أن يتفق مع المسئول على مقداره، أو قبل أن يطالب به قضاء، فالتنازل عن هذا الحق لايفترض، وقد قررت محكمة النقض المصرية في حكم سبق: انه لايجوز استخلاص التنازل عن هذا الحق من مجرد وفاة المضرور قبل المطالبة به، ومن ثم لم يبق الا القول بأن المشرع قد رأى أن الحق في التعويض عن الضرر الادبي يتصل بشخص المضرور، وان الصفة الشخصية تغلب فيه على الصفة المالية، ومن ثم يمتنع انتقاله إلى الغير الا إذا أفصح المضرور عن ارادته في المطالبة به، وهذا التفسير لن يتفق مع مركز الورثة إذا اعتبرنا أنهم امتدادا لشخص المضرور، والمطالبة الصادرة منهم بالحق تعد تفسيرا لما كان مورثهم سيفعله حال حياته، فهل رفض المشرع ذلك واعتبرهم من الغير؟، ذلك ما نود له بيانا.

---

(٣٧) د. اسماعيل غانم ـ أحكام الالتزام والاثبات ـ ص ٦٥، والسنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩١٩ ـ هامش (٢).

(٣٨) د. اسماعيل غانم ـ المرجع والمكان السابقان.

(٣٩) حكم محكمة بنى سويف (جنح مستأنفة) بتاريخ ٢/ ٣/ ١٩٢٢، المحاماه ١٢-١١٥-٣٦٢.

(٤٠) نقض جنائى مصرى في ٣٠/ ١٠/ ١٩٥٠، مجلة التشريع والقضاء ٤ـ رقم ٤٤ـ ص ٥٥.

(٤١) د. اسماعيل غانم ـ المرجع نفسه ـ ص ٦٥ وما بعدها.

٥١٦ ـ ***ثالثا: مدى اعتبار الورثة من الغير:***

يسود اتجاه غالب في فقه القانون، حول اعتبار الورثة من الغير فيما يتعلق بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي، ومن ثم يجب أن يخضع هذا الانتقال للقيد الذي وضعته المادة (١/٢٢٢) مدنى مصرى[٤٢]، ذلك ان المراد بالغير وفقا لتلك المادة هو كل شخص غير المضرور، فيشمل ذلك الخلف العام (الورثة) أو أى شخص آخر ينتقل اليه الحق في التعويض، وهذا ما أخذت به مذكرة المشروع التمهيدي للمادة (٢٣٨) التي تقابل المادة (٢٢٢) مدنى[٤٣]، ويلاحظ أن المادة (٢٣٨) من المشروع ومذكرتها التفسيرية كان وضعها في الفصل المخصص للفعل غير المشروع، وذلك قد يرجح اعتبار الورثة من الغير لعدم وجود عقد بين مورثهم المضرور، والمسئول حتى يترتب عن الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه اصابه المورث بالضرر، لكن هذا الوضع قد تغير بنقل حكم تلك المادة، إلى المادة (٣٠٠) مدنى، والتي وردت ضمن الاحكام المبينة لتنظيم آثار الالتزام مطلقا سواء كان مصدره تعاقديا أم فعلا غير مشروع لذلك، وبعد هذا النقل لم يعد ما تقرره المادة (٢٣٨) ومذكرتها من اعتبار الورثة من الغير متوائما مع هو مقرر من اعتبار الورثة خلفا عاما في المسائل العقدية، وعلى الاخص المضرور من الاخلال بالتزام تعاقدى. ورغم عدم الموائمة، فان اتجاه الفقه يرى أن القيود الواردة في المادة (١/٢٢٢) مدنى، تشمل التعويض عن الضرر الادبي سواء في المسئولية العقدية، أو في المسئولية التقصيرية، لانها قد وردت في الفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض، وأحكام هذا الفصل تعالج آثار الالتزام أيا كان مصدره، ومنه الالتزام بالتعويض[٤٤]، وهذا أمر لايمكن التسليم به، لان الخلف سواء كان عاما أم

---

(٤٢) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٩٨٨ وما بعدها، ومصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ جـ ٦ ـ ص ١٢٣، د. عبدالحي حجازى ـ السابق ـ ص ٤٧٥، د. جميل الشرقاوى ـ مصادر الالتزام ـ فقرة ٩٥ ـ طبعة ١٩٧٥، د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ السابق ـ ص ٤٤١، د. اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ٦٤، جـ ١ ـ ص ٢٢٤، ص ٤١٨، حيث يقرر: ان القيد الذي نصت عليه المادة (٢٢٢/ ١) والخاص بانتقال الحق في التعويض عن الضر الادبي ينطبق على كل صور الضرر الادبي، د. أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ١١١، د. سعيد عبدالسلام ـ السابق ـ ص ٢٥٨.

(٤٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٣٩٠ وما بعدها.

(٤٤) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٧٦٧ وما بعدها، د. أحمد سلامه ـ السابق ـ ص ٢٨٣، د. اسماعيل غانم ـ السابق ـ جـ ٢ ـ ص ٣٧ هامش (١، ٢).

خاصا، لايعتبر من الغير في العقد، فتسرى عليه أثار العقد، وخاصة المسئولية الناشئة عن الاخلال بالالتزامات المتولدة عنه [٤٥]، كما أن الورثة لايعتبرون من الغير، حين يباشرون الدعوى الوراثية المستندة إلى المسئولية التعاقدية، ولئن كان موضع المادة (١/٢٢٢) مدنى، من التقنين قد جعلها تسرى على المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية، فأن أصله وهو المادة (٢٣٨) من المشروع التمهيدي، كانت في الموضع المخصص للمسئولية التقصيرية وكان ذلك هو السبب في اعتبار الورثة من الغير حيث لايتصور وجود عقد بين مورثهم والمسئول حالتئذ، أما وقد تقرر نقل هذا النص إلى موضعه في التقنين بما لاينطبق على نوعى المسئولية، فكان من المفروض على المشرع أن يعدل هذا النص بما يجعله متوائما مع المبادىء العامة للعقد والتي تقضى باعتبار الورثة خلفا عاما، وليس من الغير، لكن فيما يبدو أن المشرع قد فاته ذلك[٤٦].

٥١٧ ــ ولعل ما يؤيد ذلك: ان المادة ١٧٠ مدنى، والتي وردت في الفصل المخصص للعمل غير المشروع قد أحالت على المادتين: (٢٢١، ٢٢٢) مدنى، فيما يتعلق بمدى التعويض عن الضرر، وقد كانت تلك الاحالة سببا لاعتراض أحد أعضاء مجلس الشيوخ، لانها تحيل إلى المادة الخاصة بالمسئولية التعاقدية مع أن النص غامض، وقد رد الدكتور السنهورى على ذلك بقوله: إن الاحالة في هذه الحالة لايقصد بها الا أن تكون في خصائص النص المحال اليه، فهذه الحالة مصدرها العقد، أما فيما عدا العقد فانها لاتنطبق، وهذا القول يفيد أن المشرع اضطر إلى النص صراحة على هذه الاحالة، حتى ينطبق على المسئولية التقصيرية ما ينطبق على المسئولية التعاقدية من أحكام، وإذا كان الورثة لايعتبرون من الغير، بالنسبة للمسئولية التعاقدية، فليسر هذا الحكم على المسئولية التقصيرية فلا يعتبرون بالنسبة لانتقال آثارها من الغير أيضا[٤٧]، والأقرب إلى الصحة أن يقال: ان المشرع انما أراد بتلك الاحالة حكما واحدا من الحكمين اللذين قررتهما الفقرة الاولى من المادة (٢٢٢) مدنى، وهو الحكم الذي يقرر أن التعويض يشمل الضرر الادبي أيضا ومن ثم يترجح بأن الاحالة لم تكن بسبب مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي، وانما كانت بشأن تقدير التعويض عن

---

(٤٥) السنهورى ـ السابق ـ ص ٥٩٦، د. عبدالمنعم فرج الصده ـ السابق ص ٢٧٨.

(٤٦) في هذا المعنى: د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١١٢

(٤٧) في هذا المعنى: المرجع السابق ـ ص ١١٣.

الضرر، وهـذا ما يفهم من المـذكـرة الايضـاحية للفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعـويض، حيث تقـول: فيما يتعلق بالتقـدير القضـائى للتعويض، فان المسئولية التعاقدية، والمسئولية التقصيرية تخضعان لقواعد واحدة في كلتيهما هى: مايلحق الدائن من خسارة وما يفوته من كسب من ناحية، والضرر المادى والضرر الأدبي من ناحية أخرى، ثم أشارت إلى نص المادتين (١/٢٢١، ٢٢٢) مدنى[٤٨]، فإذا كانت تلك الاحالة مغياة بادخال الضرر الأدبي فقط، في الاعتبار عند تقدير التعويض، وان الورثة لايعتـبرون من الغـير بالنسبة للمسائل العقدية، فيجب وفقا لهذا النص ان يعتبروا كذلك في المسئولية التقصيرية، فلايعتبرون من الغير فيها[٤٩].

٥١٨ ــ لفظ الغير لايسرى على الورثة:

وإذا كان لفظ الغير لاينطبق على الورثة إ ا كان أساس الحق في التعويض عن الضرر الادبي هو المسئـولية العقـدية، فانهم كذلـك لايعتـبرون من الغير في حالة المسئولية التقصيرية، ذلك أن لفظ الغير، اما أن يراد به: كل شخص آخر غير المضرور، واما ان يقصد به معناه الوارد في المسائل العقدية الذي لايشمل ورثة المتعاقد باعتبارهم خلفا عامـا له[٥٠]، وإذا افترضنا ان المشرع كان يعنى مايفعله عندما نقل الحكم الخاص بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الغير من الفصل الخاص بالعمل غير المشروع إلى الفصـل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض، وافترضنا ان هذا الحكم يسرى على المسائل العقدية كما يسرى على المسائل التقصيرية تعين القول: ان الورثة لايكونو من ضمن من يشملهم لفظ الغير الوارد في المادة (١/٢٢٢) مدنى، لان الحكم الـوارد فيها حكم عام يشمل نوعى المسئولية بشرط ألا ينطبق هذا الحكم على ورثة المضرور في المسئولية العقدية، حيث إنه من المسلم به أنهم ليسوا من الغير فيها، ولما كان النص لم يفـرق بين نوعى المسئـولية العقدية والتقصيرية في هذا المجال، فانهم لايعتـبرون كذلـك من الغـير بالنسبـة للمسئولية التقصيرية، ويكون المراد بالغير في

---

(٤٨) مجموعة الاعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ـ ص ٥٣٣، ص ٥٦٤.

(٤٩) د. أحمد شرف الدين ـ المرجع نفسه ـ ص ١١٤.

(٥٠) د. أنور سلطان ـ السابق ـ ص ٢٠٠ وما بعدها، عبدالمنعم فرج الصدة ـ السابق ـ ص ٣٧٤، ومـا بعدها، د. عبدالحى حجازى ـ السابق ـ ص ٢٥٠، د. محمد لبيب شنب ـ دروس في نظرية الالتزام ـ ص ٢٦٨، والسنهورى الوسيط ـ جـ ١ ـ ص ٥٥٣ وما بعدها.

النص: هو كل شخص آخر غير المضرور وخلفه العام، فيشمل المحال له بالحق ودائنى المضرور[٥١].

٥١٩ ــ ومما يدل على ذلك ان المشرع في المادة (١٩) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، المعدل بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٦٨، قد قرر انتقال الحق الادبي للمؤلف على مصنفه إلى الورثة بعد وفاته، وبالتالي انتقال الحق في التعويض عنه، دون أن يقيد انتقال هذا الحق في التعويض بتوافر واحد من القيود التي نصت عليها المادة (٢٢٢) مدنى[٥٢]، رغم ان الحق الادبي للمؤلف يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وهذا يدل على منحى المشرع الثابت في عدم اعتبار الورثة من الغير، ولئن قيل ان نص المادة (١٩) من قانون حماية المؤلف يعتبر استثناء من القاعدة التي تقيد نقل الحق في التعويض عن الضرر الادبي، فان هذا القول سيكون مردودا بأنه ليس في طبيعة الضرر الأدبي الذي يصيب المؤلف ما يميزه عن غيره من صور الضرر الادبي الأخرى[٥٣].

٥٢٠ ــ وإذا كان الخلف العام للمضرور ليسو من الغير لأنهم يتلقون الحق في التعويض عن مورثهم، فقد يعترض على ذلك بأن هناك أحوالا يعتبر الورثة فيها من الغير، كما توجد حالات لاينصرف فيها أثر العقد إلى الورثة مع بقائهم خلفا، ومثل هذا الاعتراض إذا صح سيكون من السهل رده بأن الورثة لايكونون من الغير الا في حالات محددة ليس من ضمنها حالة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي، وحالات عدم انصراف أثر العقد إلى الورثة مع بقائهم خلفا لاترد الا بالنسبة للمسئولية التعاقدية [٥٤]، من ذلك مانصت عليه المادة (١٤٥) مدنى: من تنازل المضرور في

(٥١) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١١٥.

(٥٢) د. اسماعيل غانم ـ السابق ـ ص ٦٦ ومابعدها. واتجاه محكمة النقض يسير في نفس هذا الاتجاه، راجع حكم ٣٠/ ١٠/ ١٩٥٠، المحاماه ٣٢-١٢٨٦-٣٥٤، وحكم ٢٨/ ١١/ ١٩٥٠، المحاماه ٣٢-١٣٥٤-٤٣٤. وقد سبقت الاشارة اليها. وراجع: فقرة ١١٢ وما بعدها من هذا البحث.

(٥٣) د. أحمد شرف الدين ـ المرجع والمكان السابقان.

(٥٤) د. أحمد سلامة ـ السابق ـ ص ٢٨٦، وقارن: د. السنهورى ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ جـ ٥ ـ ص ١٣، حيث ذكر المادة ٢٢٢/ ١ مدنى كمثال على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام.

العقد المبرم بينه وبين المسئول عن الحق في تعويض الضرر الادبي المترتب على الاخلال بالتزامات هذا العقد، وذلك في الاحوال التي يجوز فيها هذا التنازل، ولا جدال في أنه ليس للورثة في تلك الحالة المطالبة بهذا الحق(٥٥).

أما الحالتان الثانية والثالثة، والتي لايتصور انتقال الحق فيهما إلى الورثة، فهما حالة ما إذا كانت طبيعة هذا الحق تمنع من انتقاله إلى ورثة المضرور، وحالة ما إذا كان هناك نص في القانون يقضى بألا ينتقل هذا الحق إلى الورثة(٥٦)، والحالة الثالثة يمكن ان تلحق بالحالة الثانية بحيث يكون الاساس الحقيقي لعدم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي إلى الورثة هو اتصاله بشخص المضرور، وهو مضمون القيد الوارد في المادة (٢٢٢/١) مدنى.

وإذا كان هذا الحق شخصيا فهل مطالبة الورثة به تفقده طابع الشخصية، أم ان مطالبة الورثة لاتفقده هذا الطابع طالما اعتبرناهم امتداداً لشخصه؟، أخذ المشرع الفرنسى بالاتجاه الاخير، والذي يقضى بأن شخصية الوارث تعتبر امتداداً لشخصية المورث، بحيث يحل الاول محل الثاني في ذمته المالية، فيتحمل بالتزاماته ويتملك حقوقه، ويستطيع لذلك ان يطالب بها حتى ما كان منها متصلا بشخص المورث مادام القانون لايمنع من ذلك، وهذا ما كان معمولا به في القانون الرومانى(٥٧).

**٥٢١ ــ موقف القانون المدنى المصرى منتقد:**

وقد انتقد موقف القانون المدنى المصرى في تقريره انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي بأنه قد جانبه الصواب فيما يتعلق بصياغة القيود التي ترد على انتقال هذا الحق إلى الورثة، حيث ادخل من غير قصد الورثة في مدول الغير، كما انه لم يحقق التناسق بين وجهتى القيد الذي استلزمه والذي يهدف به إلى التأكد من عدم اتصال هذا الحق بشخص المضرور، كما ان تحديده للمعيارين اللذين ينتفى بهما اتصال هذا الحق بشخص المضرور، هو تحديد تحكمى، حيث يمكن التوصل إلى ذلك بوسائل

---

(٥٥) د. أحمد شرف الدين ـ السابق ـ ص ١١٦.

(٥٦) د. السنهورى ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ جـ ٥ ـ ص ١٢ ومابعدها.

(٥٧) د. عاطف فخرى ـ الغير في القانون المدنى المصرى ـ رسالة دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٦ـ ص ١٩٨ ومابعدها. وراجع: د. أحمد شرف الدين ـ السابق ص ١١٧.

شتى، ولقد كان من الاوفق بالنسبة للمشرع أن يضع مبدأ عاما بمقتضاه ينفصل هذا الحق عن شخص المضرور بمجرد اتخاذه اجراء لاتدع ظروف الحال شكا في دلالته على نيته في المطالبة بهذا الحق، كما أن المادة (٢٢٢/١) مدنى، قد غلبت الجانب الشخصى لهذا الحق على الجانب المالى، ولئن كان ذلك مقبولا في حياة المضرور، فان هذا التغليب غير مقبول بعد وفاته إذا ما تقرر ان وفاته قبل اظهار ارادته في هذا الشأن لاتدل على تنازله عن هذا الحق، وإذا ما أردنا في نفس الوقت ألا يفلت المسئول من الجزاء لمجرد وفاة المضرور قبل المطالبة بحقه في التعويض[٥٨].

(٥٨) راجع في تفنيد تلك الانتقادات: د. أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ١١٩ وما بعدها، د. سعيد عبدالسلام - المرجع نفسه - ص ٢٦٥ ومابعدها.

## ( المطلب الثاني )
## انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة في الفقـه الاسلامـي

ومنهج الفقه الاسلامي في انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي يتلافى ذلك الخلط الـذي شاب مسلك القـانـون الـوضعى، وقد رأينا ان انتقال الحق في الفقه الاسلامي يقوم على ركيزتين أساسيتين:

٥٢٢ ــ **الركيزة الاولى: هى طبيعة الحق المنتقل إلى الورثة:**

ومن المعروف ان الحق في التعويض عن الضرر الادبى قد يكون سببه التعدى على حق الانسان في سلامة بدنه، أو حياته، أو التعدى على شرفه وعرضه واعتباره.

وهذه الأضرار ينتقل حق التعويض فيها إلى الورثة بمجرد وفاة المضرور سواء طالب بها أم لم يطالب على الرأى الراجح في الفقه[١]، والفقهاء وان كانوا قد اختلفوا في طبيعة تلقى الوارث للحق في التعويض عن الضرر الادبي عن مورثه، وما إذا كان يثبت هذا الحق للوارث ابتـداء كما ذهب الحنفية والمالكية وبعض فقهاء المذهب الحنبلى[٢]، أو يثبت للمقتول أصلا، ويقوم وارثه مقامه في استيفائه في القصاص والدية[٣]، فانهم متفقون على انتقال هذا الحق من حيث المبدأ.

كما أن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي الذي ينزل بالانسان حال حياته مثل التعدى على عواطفه أو على حق ثابت له لايثير صعوبة، لانه يثبت للمورث حال حياته وينتقل إلى ورثته كمال استقر في ذمته قبل موته.

وطبيعة هذا الحق كما ذكر الفقهاء تحبذ انتقاله لامرين:

٥٢٣ ــ *أولها*: ان ورثة المضرور لايمكن أن يكونوا بمنأى عن وصول هذا الضرر اليهم، فالضرر الذي أصاب مورثهم يؤثر فيهم إلى درجة قد تبعث في قلوبهم دوافع

(١) راجع: الفقرات ـ ١٧٤ وما بعدها من البحث.
(٢) راجع: فقرة ـ ١١٧ من البحث.
(٣) راجع: فقرة ـ ١١٨ من البحث.

الانتقام مالم تعالج آثار هذا التعدى، ، فنطاق الالم في الضرر الواقع على نفس مورثهم لايقف عند حدود شخصه، ولكنه يتعداه إلى أقاربه الذين تربطهم به صلة القربى والدم، تلك الصلة التي تفرض المشاركة في السراء والمشاطرة في الضراء، وقد عبر القرافي عن ذلك: بأن تعويض الضرر في تلك الحالة يدفع عن الوارث في نفسه بتخفيف ألمه، وانتزاع الغضب من نفسه[٤].

وقد يكون معنى الضرر الذي ينزل بالوارث من جراء التعدى على مورثه في ضرر أدبي أوضح في حالة التعدى على سمعة المورث وشرفه واعتباره، ان معنى الشرف والاعتبار لايقف عند حدود المعتدى عليه، ولكنه يمس أقاربه مسا مباشرا في شرفهم واعتبارهم بحكم الصلة التي تربطهم بمورثهم، وكان انتقال الحق في التعويض اليهم مما يتعلق بهم مباشرة، حيث يدفع عنهم ضررا في عرضهم ويخفف آلامهم[٥].

٥٢٤ ـ *ثانيها:* ان التعويض عن الضرر الأدبي لايخلو من معنى التمول الذي يجعله حريا بالانتقال إلى الورثة كحق مالى، وذلك واضح في حال الاضرار الادبية التي يستقر ثبوتها في ذمة المضرور قبل وفاته، أو تلك التي تثبت حال وفاته ولا يقدر معها على المطالبة بحقه، ومنهج الفقه الاسلامي واضح في تلك الحالة وضوحا يتلافى ذلك الخلط الذي يلمسه من يتابع معالجة القانون المدنى لهذا الانتقال، حيث يمارس الوارث حقه نيابة عن مورثه كما قرر الفقهاء ذلك، ولئن كان حق الوارث في المطالبة بالحد عن القذف الذي أصاب مورثه، حقا غير مالى، الا أنه لن يكون بمنأى عن التأثيرات المالية في ذمة الورثة، والتي قد تحدث خللا يستوجب رد اعتبارهم من خلال تلك المطالبة، فالغالب أن يكون التعويض ذا طابع مالى يقبل الانتقال إلى الورثة، ولأذا كان الحق المالى في حالة التعويض ينتقل بمجرد الطلب أمام القضاء قبل تحديده، فمن باب أولى أن ينتقل بعد التحديد باتفاق أو تحكيم، ومن ثم يمكن القول ان هذا الحكم يتفق مع الفقرة الاولى من المادة (٢٢٢) من التقنين المدنى[٦]، مع ملاحظة انه في حالة التعويض المقدر بنص الشارع في حالة الدية والارش لاتجوز الزيادة عليه في التقدير، الا بالاتفاق

(٤) الفروق للقرافى ـ جـ ٣ ـ ص ٢٨٦، وفي نفس المعنى: القواعد لابن رجب ـ ص ٣٤١ ومابعدها.

(٥) المرجعان السابقان ـ نفس المكان.

(٦) د. فوزى فيض الله ـ المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ـ ص ١٤٥.

أو بالصلح عليه(٧)، على أنـه إذا كان المقدار الزائد قد تقرر بحكم قضائى لظروف تستوجب الزيادة من خلال ما هو مقرر في قواعد التعزير فلا مانع أن تنتقل تلك الزيادة إلى الورثة لانها قد تقررت بحكم القضاء.

٢٥٢ ــ الركيزة الثانية: تحديد أصحاب الحق في التعويض:

والركيزة الثانية التي يقوم عليها انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي تتمثل في تحديد المستحقين لهذا الانتقال، وفقا لمعيار منضبط ومشروع، وهو الاستحقاق في اطار الورثة، وتحديد الاستحقاق بحدود الورثة المستحقين شرعا لا يتواءم مع ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) مدنى من أنه: لايجوز الحكم بتعويض الا للازواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب، ذلك ان عقوبة القتل في التشريع الاسلامي لاتخلو من القود إذا كان القتل عمدا أو الدية في حالة القتل غير العمد، ففي حالة القتل العمد إذا طالب أولياء القتيل بالقود، واقتص من المقتول لايكون هناك مجال لهم شرعا في طلب تعويض زائد عن ذلك، لان حقهم منحصر في القود وقد استوفوه، وإذا عفوا عن القاتل وطلبوا التعويض المالى وهو الدية، كان لهم ذلك، والتعويض في تلك الحالة دية مقدرة في الشرع ولا تجوز الزيادة عليها أبدا الا بالاتفاق أو الصلح أو حكم القضاء كما سبق(٨).

كما أن الدية تثبت لورثة الميت بحسب ارثهم (٩)، ويتلقونها عن مورثهم بحسب الرأى الراجح في الفقه، لانها تعتبر من أموال الميت المملوكة له وتكون صالحة لان تسدد منها ديونه وتنفذ وصاياه وتقضى كل حوائجه وما يحتاجه من تجهيز وكفن، ثم ما يتبقى بعد ذلك يبقى لورثته(١٠).

وقـد نص الفقهـاء على أن ولى الـدم هو وارث المـال، من ذكر وأنثى بفرض أو

---

(٧) راجع في هذا المعنى: حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٥ - ص ٥٢٣، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ٢٤٠، والاحكام السلطانية للماوردى - ص ٢٢٢.

(٨) في هذا المعنى: د. فوزى فيض الله - السابق - ص ١٤٦.

(٩) راجع: فقرة - ١٣٤ من البحث.

(١٠) راجـع: فقـرة - ١٣٨ من البحث. وحاشية الشرقاوى على التحرير - جـ ٢ - ص ٣٧٤، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٦ - ص ٧٥٩، وشرح الحطاب - جـ ٦ - ص ٢٥٥، ونهاية المحتاج - وحاشية الشراملسى عليه - جـ ٦ - ص ٣.

تعصيب، ونصوا أيضا على أن القصاص والدية تصير ميراثا لكل الورثة، والأصل في ذلك ان القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض الله تعالى، الذكر والانثى في ذلك سواء نص عليه الكرخى في مختصره، وكذلك الدية موروثة بينهم، والدليل على أن الدية موروثة للورثة، انها مال للميت تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه كسائر أمواله[11].

ومن ثم يبدو أن في التحديد الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) مدنى مخالفة لما تقضى به أحكام الشريعة.

٥٦٢ — وإذا كان هذا التحديد فيما يبدو مخالفا لأحكام الشريعة، فان ما يماثله في المخالفة، ذلك الاطلاق الذي قضت به التقنينات: العراقية والاردنية واللبنانية، حيث لم يقتصر الحق في التعويض عن الضرر الادبي على الورثة، وانما يجوز أن يقضى بالتعويض للازواج والأقربين عما يصيبهم من ضرر، وكلمة الأقربين هذه مطلقة، تشمل القرابة البعيدة، والقرابة القريبة، فجعل تقدير القرابة متروك للمحكمة تقدرها من واقع ظروف كل حالة [12]، ووقد جاء نص قانون الموجبات والعقود اللبنانى واضحا في ذلك المعنى، حين أجاز للقاضى أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك مايبررها من صلة القربى الشرعية او صلة الرحم (المادة ٣/١٣٤) موجبات وعقود، والنظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة من شأنه أن يجعل تقدير المستحقين غير منضبط لانهم سيتفاوتون بتفاوت مقدار المحبة، أو على الأصح بتفاوت المظاهر التي سيبديها كل منهم عن محبته، لان أمر المحبة لايعلمه الا الله تعالى، لأنها من أعمال القلوب، وهذا المعيار بالطبع قد يدخل من المحبين في استحقاق التعويض من غير الورثة.

ان معيار الحب معيار غير منضبط، والأكثر انضباطا أن يناط بمعيار يمكن ضبط وجوده من خلاله، ولا شك ان الورثة يغلب فيهم حب مورثهم، ذلك مايغلب على الظن بشأنهم، وغلبة الظن تقوم مقام اليقين، والمعيار الذي يشملهم واضح وسهل التطبيق، ومن ثم يبدو موقف التشريع الاسلامي الوسط بين الافراط والتفريط، فالحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا ان هدانا الله، وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

---

(١١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي - جـ ٦ - ص ١١٤.

(١٢) د. عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - السابق - ص ٥٣٦.

# أهم مراجع الكتاب

**القسم الأول: مراجع في الشريعة الاسلامية.**
**القسم الثاني: مراجع في فقـــه القانون.**

**تنبيـه :** يقوم ترتيب المراجع في كل قسم على أساس لقب المؤلف أو ما اشتهر به بعد حذف الألف واللام أو الكنية، ووضعه في مكانه حسب الترتيب الأبجدى للحرف الأول من اسمه كالتالي: أبجد هوز حطى كلمن سعفص قرشت ثخذ ضظغ.

## القسم الأول: مراجع في الشريعة الاسلامية

**أولا : القرآن الكريم .**

**ثانيا: مراجع في التفسير والحديث:**


١- الألباني : محمد ناصر الدين - ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - اشراف محمد زهير الشاويس - المكتب الاسلامى ، الطبعة الاولى .

٢- آبادى : أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم - عون المعبود شرح سنن أبي داود - نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

٣- البخارى : أبو عبدالله محمد بن اسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦ هـ - صحيح البخارى - المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٨٠هـ.

٤- البيهقي : الامام الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي المتوفى سنة ٤٥٨هـ السنن الكبرى - طبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد سنة ١٣٥٢هـ.

٥- البغوى : ركن الدين أبو الحسين بن مسعود المعروف بابن الفراء المتوفى سنة ٥١٦هـ - شرح السنة - تحقيق الاستاذين السيد صقر - د. محمد الاحمدى أبو النور - طبع لجنة احياء التراث الاسلامي بمجمع البحوث الاسلامية - مطبعة دار الكتب سنة ١٩٦٧م .

٦- الدار قطنى : الحافظ على بن عمر - سنن الدار قطنى - شركة الطباعة المتحدة بالقاهرة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، ودار المحاسن للطباعة .

٧- أبو داود : الامام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥هـ - سنن أبي داود - الطبعة الاولى سنة ١٣٧١هـ مصطفى البابي الحلبي.

٨- الهيثمي : الامام الحافظ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن على بن حجر سنة ٩٧٣هـ - فتح المبين بشرح الاربعين - دار احياء الكتب العربية ١٣٥٢هـ.

٩- الزيلعى : جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف بن محمد ابن ايوب بن موسى الحنفى المتوفى سنة ٧٦٢هـ - نصب الراية لأحاديث الهداية - مطبعة دار المأمون بشبرا سنة ١٣٥٧هـ ، والمكتبة الاسلامية ببيروت سنة ١٣٩٣هـ.

١٠- ابن حسام الدين : علاء الدين على المتقى - كنز العمال في سنن الاقوال والافعال - مؤسسة الرسالة ببيروت - الطبعة الخامسة - سنة ١٩٨٥م .

١١- ابن ماجه : الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٣هـ سنن ابن ماجه - مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٧٢هـ.

١٢- مسلـــــم : الامام مسلم بن الحجاج بن القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ صحيح مسلم - دار احياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٧٢، وصحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة المصرية ومكتبتها.

١٣- المنـــــاوى : محمد بن عبدالرؤوف المتوفى سنة ١٠٣٣هـ - فيض القدير - شرح الجامع الصغير - الطبعة الثانية - دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت.

١٤- السيوطـــى : الامام جلال الدين بن عبدالرحمن المتوفى سنة ٩١١هـ - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك، مطبوع بهامش الموطأ - مطبعة الحلبي سنة ١٣٧٠هـ.

١٥- عبدالرزاق : أبوبكر عبدالرزاق بن الهمام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ - مصنف عبدالرزاق - الطبعة الاولى سنة ١٩٧٠م بيروت، مطبوعات المجلس العلمي.

١٦- العسقلاني : الامام ابو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر المتوفى سنة ٨٥٢هـ - فتح الباري شرح صحيح البخاري - الطبعة الثانية - دار احياء التراث العربي ببيروت سنة ١٤٠٢هـ، والمطبعة السلفية سنة ١٣٨٠هـ.

١٧- الصفـــــدى : العلامة المحقق محمد بن يحيى بهران المتوفى سنة ٩٥٧هـ - كتاب جواهر الاخبار - والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار - طبع مؤسسة الرسالة ببيروت سنة ١٩٧٥م.

١٨- الصنعانــــى : الامام محمد بن اسماعيل الكحلاني المعروف بابن الامير المتوفى سنة ١١٨٢هـ سبل السلام بشرح بلوغ المرام - مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ومطبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية.

١٩- القرطبـــى : أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري المتوفى سنة ٦٧١هـ - الجامع لاحكام القرآن - طبعة دار احياء التراث العربي ببيروت.

٢٠- رضـــا : الشيخ رشيد - تفسير المنار - طبعة دار المعرفة ببيروت.

٢١- الشوكاني : الامام المجتهد قاضي القضاة محمد بن علي المتوفى سنة ١٢٥٠هـ - نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الأخبار - الطبعة الأخيرة مصطفى البابي الحلبي، وفتح القدير الجامع بين الرواية والدارية من علم التفسير - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

## ثالثا: مراجع في أصول الفقه وقواعده الكلية:


٢٢- ابن امير الحاج : العلامة المحقق المتوفى سنة ٨٧٩هـ- التقرير والتحبير- المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق سنة ١٣١٦هـ.

٢٣- البخاري : علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد- كشف الاسرار على أصول فخـــر الاسلام- طبعة استانبول- شركة صحافة عثمانية ١٣٠٨هـ.

٢٤- الدهلـــوي : شاه ولي الدين أحمد بن عبدالرحيم- حجة الله البالغة- القاهرة- دار الجيل للطباعـــة.

٢٥- الزركشـــي : بدر الدين أبوعبدالله محمد بن عبدالله بن بهادر المتوفي سنة ٧٩٤هـ- القواعد في الفروع- مخطوط بمكتبة الازهر الشريف- مسلسل ٢٤٧- رقم ١٩٥٣ مغاربـــة.

٢٦- الحمـــوي : السيد أحمد بن محمد الحنفي المتوفى سنة ١٠٩٨هـ- غمز عيون البصائر- شرح الاشباه والنظائر لابن نجيم- الطبعة الاولى- دار الكتب العلمية ببيروت ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.

٢٧- ابن نجيـــم : زين العابدين بن ابراهيم المتوفي سنة ٩٧٠هـ- الاشباه والنظائر- الطبعة الاولى- دار الفكر بدمشق ١٩٨٣م، مؤسسة الحلبي بالقاهرة سنة ١٩٦٨م، تحقيق الاستاذ عبدالعزيز محمد الوكيل.

٢٨- السيوطـــي : جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر المتوفى سنة ٩١١هـ- الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي- مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر- الطبعة الأخرة سنة ١٣٧٨هـ- ومطبعة دار احياء الكتب العربية.

٢٩- ابن عبدالسلام : الامام عزالدين أبو محمد بن عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي المتوفي سنة ٦٦٠هـ- قواعد الاحكام في مصالح الانام- دار الجيل ببيروت سنة ١٩٨٠م.

٣٠- الشاطبي : الامام أبو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المتوفي سنة ٧٩٠هـ- الموافقات في أصول الاحكام- تحقيق الشيخ عبدالله دراز، دار الفكر العربي.

٣١- التفتازاني : سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي المتوفي سنة ٧٩٢هـ- التلويح على التوضيح لمتن التنقيح- طبعة محمد على صبيح وأولاده.

## رابعا: مراجع في الفقه الاسلامي:

### أ ـ المذهب الحنفي:


٣٢ـ الاستروشنى : الامام مجد الدين أبي الفتح الحنفي المتوفي سنة ٦٣٢هـ ـ الفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب ـ مخطوط رقم ٩٥٠ مجاميع ـ مكتبة بخيت بالازهر ـ رقم ٤٦١٠٣

٣٣ـ البابرتـــي : الامام أكمل الدين محمد بن محمود المتوفي سنة ٧٨٦هـ ـ شرح العناية بهامش فتح القدير للكمال بن الهمام ـ المكتبة التجارية.

٣٤ـ البغدادى : العلامة محمد بن غانم بن محمد المتوفى سنة ١٠٣٠هـ ـ مجمع الضمانات في مذهب الامام أبي حنيفة النعمان ـ الطبعة الاولى ـ المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ.

٣٥ـ داماد أفندى : عبدالرحمن بن سليمان المتوفى سنة ١٠٧٨هـ ـ مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ـ مطبعة دار الطباعة العامرة سنة ١٣٢٨هـ.

٣٦ـ الدمشقـــي : الشيخ محمد حمزه الحسينى الحنفى المتوفي سنة ١٣٠٥هـ ـ الفرائد البهية في القواعد الفقهية ـ مطبعة حبيب أفندى خالد ـ دمشق ١٢٩٨هـ؛ وطبعة دار الفكر بدمشق ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.

٣٧ـ ابن الهمـــام : كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام المتوفي سنة ٦٨١هـ ـ شرح فتح القدير ـ على الهداية ـ طبعتا الحلبى وبولاق.

٣٨ـ الزيلعـــي : فخر الدين عثمان بن على المتوفي سنة ٧٤٣هـ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق سنة ١٣١٤هـ.

٣٩ـ الطرابلســـي : الامام علاء الدين أبو الحسن على بن خليل المتوفي سنة ٨٤٤هـ ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام ـ الطبعة الثانية مصطفى الحلبى سنة ١٣٧٣هـ.

٤٠ـ أبو يوسف : الامام يعقوب بن ابراهيم بن حبيب المتوفى سنة ١٨٢هـ ـ الخراج ـ الطبعة الأولى.

٤١ـ الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود المتوفي سنة ٥٨٧ هـ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ الطبعة الثانية ـ دار الكتاب العربي ببيروت سنة ١٩٨٢م.

٤٢ـ المبرغنانى : شيخ الاسلام أبو الحسن على بن أبي بكر الرشداني المتوفي سنة ٥٩٣هـ

- الهداية شرح بداية المبتدى - مطبوع مع فتح القدير للكمال بن الهمام - الطبعة المشار اليها.

٤٣- منلاخسرو : محمد بن فراموز بن على المتوفى سنة ٨٨٥هـ - مرآة الاصول في شرح مرقاة الوصول - المطبعة العامرة بمصر سنة ١٣٠٩هـ.

٤٤- ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم المصرى المتوفي سنة ٩٧٠هـ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت لبنان، ومصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ومجموعة رسائل ابن نجيم ملحقه بحاشية الحموى على الأشباه.

٤٥- السرخسي : شمس الائمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل - المبسوط - الطبعة الاولى، مطبعة السعادة سنة ١٤٢٤هـ.

٤٦- السنـــدى : محمد بن عابدين الانصارى الخزرجي ثم اليمنى المتوفي سنة ١٢٥٧هـ - شرح على الدر المختار - مخطوط رقم ٩٨٧ - مكتبة الرافعي بالازهر.

٤٧- ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز المتوفى سنة ١٢٥٢هـ - رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - مطبعة دار سعادة سنة ١٣٢٤هـ - ومصطفى البابى الحلبي.

٤٨- ابن قاضى سماوه : الامام المحقق الشيخ محمود بن اسماعيل المتوفى سنة ٨٢٣هـ - جامع الفصولين، ومعه الحاشية المسماة باللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية - الطبعة الاولى بالمطبعة الازهرية سنة ١٣٠٠هـ.

٤٩- الشلبـــي : الامام العلامة شهاب الدين أحمد المتوفى سنة ١٠٠٠هـ - الفوائد الرقائق في تبيين الحقائق حاشية على تبيين الحقائق للزيلعى، ومطبوع معها - الطبعة المشار اليها.

## ب - *المذهب المالكى:*

٥٠- الباجـــي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ابن وارث الاندلسي المتوفى سنة ٤٩٤هـ - المنتقى شرح الموطأ - مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٣هـ.

٥١- ابن جزى : محمد بن أحمد بن محمد الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١هـ - القوانين الفقهية - دار الفكر ببيروت.

٥٢ـ الدسوقي : العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه المتوفى سنة ١٢٣٠هـ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨هـ ـ مطبعة السعادة ـ ومطبعة دار احياء الكتب العربية ـ بدون تاريخ ، ومطبعة التقدم العلمية .

٥٣ـ الدردير : أبو البركات سيدى أحمد المتوفى سنة ١٢٠١هـ ـ الشرح الكبير على متن خليل ـ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩هـ .
والشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك للصاوى ـ طبعة عيسى الحلبي بمصر.

٥٤ـ الحطاب : أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المتوفى سنة ٩٥٤هـ ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ـ الطبعة الثانية ـ دار الفكر للطباعة سنة ١٩٧٨م ومطابع دار الكتاب اللبنانى .
وتحرير الكلام في مسائل الالتزام مع فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك للشيخ عليش ـ طبعة الحلبي .

٥٥ـ ابن فرحون : القاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن أبي القاسم بن محمد المتوفى سنة ٧٩٩هـ ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية والاحكام، مطبوع بهامش فتح العلى المالك للشيخ عليش ـ مطبعة البابى الحلبى سنة ١٩٥٨م .

٥٦ـ الصاوى : أحمد بن محمد المالكى المتوفى سنة ١٢٤١هـ ـ بلغة السالك لاقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ـ طبعة عيسى الحلبى بالقاهرة .

٥٧ـ القرافي : الامام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدريس ابن عبدالرحمن الصنهاجى المتوفى سنة ٦٨٤هـ ـ الفروق ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية ـ الطبعة الاولى سنة ١٣٤٦هـ .

٥٨ـ ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المتوفى سنة ٥٩٥هـ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ دار الكتب الحديثة، ودار المعرفة ببيروت .

٥٩ـ التسولى : أبو الحسن على بن عبدالسلام ـ البهجة شرح التحفة ـ طبعة ١٣٧١هـ ـ المكتبة التجارية الكبرى والطبعة الثانية ١٣٧٠هـ ـ ١٩٥١م ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي .

٦٠ـ الخرشي : أبو عبدالله محمد بن عبدالله المتوفى سنة ١١٠١هـ ـ شرح الخرشي على مختصر خليل المطبعة العامرة بمصر سنة ١٣١٧هـ .

## جـ ـ المذهب الشافعـــي:

٦١ـ الانصـــاري : أبو يحيى زكريا بن محمد المتوفى سنة ٩٦٢هـ ـ أسنى المطالب شرح روض الطالب ـ المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣هـ.
وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمى عليه ـ المطبعة الأميرية ببولاق.

٦٢ـ المـــاوردى : أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى المتوفى سنة ٥٤٠هـ ـ الاحكام السلطانية والولايات الدينية ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦م.

٦٣ـ النـــــووى : الامام العلامة أبو زكريا محيى الدين بن شرف المتوفى سنة ٦٧٦هـ ـ المجموع شرح المهذب للشيرازى، مطبعة التضامن الاخوى بالقاهرة، مصر.

٦٤ـ السمعانى : أبو المظفر منصور بن محمد بن عبدالجبار المتوفى سنة ٤٨٩هـ ـ الاصطلام ـ مخطوط بمعهد المخطوطات ـ التابع لجامعة الدول العربية ـ أصول فقة شافعي.

٦٥ـ عميـــــرة : الشيخ شهاب الدين أحمد المتوفى سنة ٩٥٧هـ ـ حاشية على شرح الجلال المحلى على المنهاج ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية.

٦٦ـ قليوبـــي : الامام المحقق شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلام المتوفى سنة ١٠٦٩هـ ـ حاشية على شرح الجلال المحلى على المنهاج ـ دار احياء الكتب العربية.

٦٧ـ الرملى : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ٩٧٧هـ ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبى سنة ١٣٥٨هـ، وطبعة ١٣٨٦هـ.

٦٨ـ الرملى الكبير : أبو العباس أحمد بن حسين بن حسين الانصارى المتوفى سنة ٨٤٤هـ ـ حاشية على أسنى المطالب ـ المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣هـ.

٦٩ـ الرافعي : أبو القاسم عبدالكريم بن محمد ـ فتح العزيز شرح الوجيز ـ مطبوع مع المجموع للنووى ـ مطبعة التضامن الاخوى.

٧٠ـ الشافعي : الامام أبو عبدالله محمد بن أدريس المتوفى سنة ٢٠٤هـ ـ الام ـ رواية الربيع بن سليمان المرادي عنه ـ الطبعة الاولى ـ المطبعة الكبرى بمصر سنة ١٣٢١هـ.

٧١ـ الشيرازى : أبو اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف المتوفى سنة ٨٧٦هـ ـ المهذب ـ مطبعة الحلبي ـ القاهرة ١٣٤٣هـ.

٧٢ـ الشبراملسي : العلامة أبو الضياء نور الدين علي بن علي المتوفى سنة ١٠٨٧هـ ـ حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ـ طبعة مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٣٨٦هـ.

٧٣ـ الخطيب : شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني المتوفى سنة ٩٧٧هـ ـ مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٧هـ.

٧٤ـ الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد بن محمد ـ المتوفى سنة ٥٠٥هـ ـ احياء علوم الدين ـ دار المعرفة بيروت ـ بدون تاريخ .

د ـ المذهب الحنبلي :

٧٥ـ البهوتي : الشيخ العلامة منصور بن يونس فقيه الحنابلة في وقته، المتوفى سنة ١٠٥١هـ ـ شرح منتهى الارادات، المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى ـ مطبعة أنصار السنة المحمدية، والمطبعة العامرة الشرفية سنة ١٣١٩هـ.
وكشاف القناع على متن الاقناع ـ الطبعة الاولى بمصر ـ المطبعة العامرة .

٧٦ـ النجدي : الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي المتوفى سنة ١٣٩٣هـ ـ حاشية على الروض المربع شرح زاد المستقنع ـ الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ.

٧٧ـ ابن قدامة : الامام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد ابن محمد المتوفى سنة ٦٣٠هـ ـ المغني على مختصر الخرقي ـ مطبوع مع الشرح الكبير، مطبعة المنار بمصر، ومطبعة الفجالة بالقاهرة، ومكتبة الرياض الحديثة .
والكافي ـ طبعة المكتب الاسلامي لجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

٧٨ـ ابن القيم : الامام شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٧٥١هـ ـ تحفة المودود بأحكام المولود ـ المكتبة العلمية بالمدينة المنورة، واعلام الموقعين عن رب العالمين ـ دار الجيل سنة ١٩٧٣م، ودار الفكر ببيروت، والطرق الحكمية ـ دار الكتب العلمية .

٧٩ـ ابن رجب : الحافظ أبو الفرج زين العابدين عبدالرحمن بن أحمد البغدادي ـ القواعد في الفقه الاسلامي ـ الطبعة الاولى سنة ١٩٧١م ـ مكتبة الكليات الازهرية .

٨٠ـ ابن تيمية : شيخ الاسلام أبو العباس تقي الدين أحمد ابن عبدالحليم بن عبد السلام بن عبدالله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي المعروف بابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ ـ الاختيارات الفقهية ـ مطبعة السنة

المحمدية - مكتبة الرياض الحديثة، والفتاوى الكبرى - مطبعة العاصمة بالقاهرة سنة ١٩٦٠م - دار المعرفة ببيروت، والحسبة - المكتبة العلمية بالمدينة المنورة.

٨١- ابن ضويــــان : العلامة ابراهيم بن محمد بن سالم المتوفى سنة ١٣٥٣هـ - منار السبيل في شرح الدليل - الطبعة الاولى - بالمطبعة الهاشمية بدمشق، والطبعة الاخيرة - للمكتب الاسلامي.

### هـ - المذهب الظاهري:

٨٢- ابن حزم الظاهرى : الامام أبو محمد على بن أحمد بن سعيد المتوفى سنة ٤٥٦هـ - المحلى - تحقيق أحمد محمد شاكر - دار التراث بالقاهرة، بدون تاريخ، وطبعة دار الاتحاد العربي للطباعة بمصر سنة ١٩٦٩م.

### و - المذهب الزيــدى:

٨٣- ابن المرتضى : الامام المجتهد أحمد بن يحيى المتوفى سنة ٨٤٠هـ - كتاب البحر الزخار - الجامع لمذاهب علماء الأمصار - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥م - مؤسسة الرسالة ببيروت.

٨٤- ابن مفتاح : العلامة أبو الحسن عبدالله بن أبي القاسم المتوفى سنة ٨٧٧هـ - شرح الازهار المسمى بالمنتزع المختار من الغيث المدرار - مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠هـ.

٨٥- السياغــــى : العلامة شرف الدين الحسين بن أحمد المتوفى سنة ١٢٢١هـ - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير - مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٨هـ.

### خامسا: المؤلفات الفقهية الحديثة:

٨٦- ابراهيــــم : الشيخ أحمد - الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامي - دار الأنصار.

٨٧- الأتاســـى : الاستاذ المحقق محمد طاهر محمد خالد - شرح المجلة - الطبعة الاولى، مطبعة حمص سنة ١٩٣٠م.

٨٨- بدران : الدكتور بدران أبو العينين - الزواج والطلاق في الاسلام - مؤسسة شباب الجامعة.

٨٩- باز : الاستاذ سليم بن رستم اللبناني - شرح مجلة الاحكام العدلية - الطبعة الثالثة .

٩٠- الدرينـي : الدكتور فتحي وفئة من العلماء - حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن - الطبعة الثانية مؤسسة الرسالة ، ببيروت .
ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي - مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٨م .

٩١- أبو زهرة : فلسفة العقوبة في الفقه الاسلامي - القسم الثاني - طبعة ١٩٦٦م ، والاحوال الشخصية - دار الفكر العربي بدون تاريخ .

٩٢- الزحيلي : د. وهبه - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - الطبعة الاولى - دار الفكر بدمشق ١٩٧٠م .
والفقه الاسلامي وأدلتـه - دار الفكر .

٩٣- الزرقـا : الدكتور مصطفى أحمد - المدخل الفقهي العام - مطبعة طربين بدمشق سنة ١٣٨٤هـ .
والفعل الضار - دار القلم بدمشق ، دار العلوم ببيروت .

٩٤- الحسينـي : الدكتور محمد مصطفى شحاته - الاحوال الشخصية - طبعة ١٩٨٣م .

٩٥- حنفـي : الدكتور محمد الحسيني - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي - الطبعة الثالثة - دار الاتحاد العربي - طبعة ١٩٧٤م .

٩٦- الطنطاوي : الدكتور محمود - الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية .

٩٧- موسـى : الدكتور محمد يوسف - الفقه الاسلامي - الطبعة الثالثة - دار احياء الكتاب العربي سنة ١٩٥٨م . وأحكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي - مؤسسة الخانجي سنة ١٩٥٨م .

٩٨- المراغي : الشيخ محمد مصطفى - بحوث في التشريع الاسلامي - مطبوعة سنة ١٩٢٧-١٣٤٦هـ .

٩٩- الموسوعة : موسوعة جمال عبدالناصر للفقه الاسلامي - المجلس الاعلى للشئون الاسلامية .

١٠٠- النجار : دكتور عبدالله مبروك - الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الادبية في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون - طبعة ١٩٩٠م .

١٠١- عبدالحميد : الاستاذ الشيخ محمد محي الدين - الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦م - مكتبة صبيح .

١٠٢- عثمان : الدكتور محمد رأفت - الحقوق والجبات في الاسلام - الطبعة الاولى - دار الكتاب العربي.

١٠٣- عودة : الاستاذ عبدالقادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي - دار التراث العربي، القاهرة ١٩٧٧م.

١٠٤- عيسوى : الشيخ عيسوى أحمد - المدخل للفقه الاسلامي - دار الاتحاد العربي للطباعة.

١٠٥- أبو الفتح : الشيخ أحمد - المعاملات في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثانية ١٩٢٣م، مطبعة النهضة.

١٠٦- فيض الله : الدكتور محمد فوزى - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام - مكتبة دار التراث بالكويت - الطبع الاولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٠٧- قدرى : المرحوم محمد باشا - مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان - الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩م - المطبعة الاميرية بمصر.

١٠٨- قلعه جي : الدكتور محمد رواس - موسوعة فقه على بن أبي طالب - دار الفكر بدمشق سنة ١٩٨٥م.

١٠٩- الرحيلى : الدكتور رويعى - فقه عمر بن الخطاب موازنا بفقه أشهر المجتهدين - مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى - مكة المكرمة - طبع دار الغرب الاسلامي ببيروت سنة ١٤٠٣هـ.

١١٠- شلتوت : الاستاذ الشيخ محمود شيخ الازهر الأسبق - المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية - مطبعة الازهر.

١١١- شعبان : الاستاذ الشيخ زكى الدين - الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية - منشورات الجامعة الليبية سنة ١٩٨٣م.

١١٢- الخفيف : الاستاذ الشيخ على - الضمان في الفقه الاسلامي - معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧١م - والجز الثاني - الكفالة والديات - طبعة معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣م.

١١٣- خلاف : الاستاذ الشيخ عبدالوهاب - الاحوال الشخصية - طبعة ١٩٣٨م.

١١٤- الخياط : الدكتور عبدالعزيز - نظرية العرف - مكتبة الاقصى بعمان.

## سادسا: المجلات الفقهية والدوريات :

١١٥- الزحيلي : الدكتور وهبة - التعويض عن الضرر - بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي - كلية الشريعة جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الاول سنة ١٣٩٩هـ - والعدد الثالث.

١١٦- مرقس : د. سليمان - تعليقات على الاحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨م - العدد الاول.

١١٧- أبوسنة : الشيخ أحمد فهمى - نظرية الحق - منشور ضمن كتاب الفقه الاسلامي أساس التشريع - لجنة تجلية مبادىء الشريعة الاسلامية بالمجلس الاعلى للشئون الاسلامية.

١١٨- الخفيف : الشيخ على - العدوان - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة العشرون ١٩٥٠ - العددان ٣ ، ٤.
وتأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته - مجلة القانون والاقتصاد - السنة العاشرة - العدد الخامس.

## سابعا: مراجع في اللغــــة :

١١٩- ابن منظور : أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصرى المتوفى سنــة ٧١١هـ. لسان العرب - دار المعارف.

١٢٠- مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط - طبعة ١٩٦٠م.

١٢١- الفيروزابادى : محيى الدين محمد بن يعقوب الشيرازى المتوفى سنة ٨١٧هـ - القاموس المحيط - مطبعة صبيح الطبعة الاخيرة.

١٢٢- الرازى : الشيخ الامام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر - مختار الصحاح - ترتيب محمود خاطر بك - تحقيق لجنة من علماء العربية - دار الفكر ١٩٧٣م.

## ثامنا: الرسائل العلميـــــة :

١٢٣- أبوالليل : الدكتور محمد ابراهيم الدسوقي - المسئولية المدنية بين التقييد والاطلاق - دارالنهضة العربية.

١٢٤- دسوقي : دكتور محمد ابراهيم - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٣م - نشر مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية - بدون تاريخ .

١٢٥- الدريني : الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده - رسالة دكتوراه - من جامعة الازهر - طبع جامعة دمشق سنة ١٩٦٧م .

١٢٦- اليعقوب : الدكتور بدر جاسم محمد - المسئولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتي - القاهرة ١٩٧٧م .

١٢٧- سراج : الدكتور محمد أحمد - ضمان العدوان في الفقه الاسلامي - دكتوراه من كلية دار العلوم - جامعة القاهرة - دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٩٠م .

١٢٨- السيد : دكتور مقدم - التعويض عن الضرر المعنوى في المسئولية المدنية - دراسة مقارنة - دار الحداثة ببيروت - الطبعة الاولى - سنة ١٩٨٥م .

١٢٩- السعيد : الدكتور السعيد مصطفى - مدى استعمال حقوق الزوجية - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦م .

١٣٠- أبو سنه : الشيخ أحمد فهمى - رسالة العرف والمادة في رأى الفقهاء - مطبعة جامعة الازهر سنة ١٩٤٨م .

١٣١- سليمان : الدكتور محمد أحمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي - رسالة دكتوراه من جامعة الازهر - مطبوعة - الطبعة الاولى سنة ١٩٨٥م .

١٣٢ - عامر : الدكتور عبدالعزيز - التعزيز في الشريعة الاسلامية - الطبعة الخامسة ١٩٧٦م .

١٣٣- العكام : الدكتور محمد فاروق بدوى - الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٧٧م .

١٣٤- عبدالسلام : الدكتور سعيد - التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعى والفقه الاسلامي والدول العربية - مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية سنة ١٩٩٠م .

١٣٥- العبادى : الدكتور عبدالسلام داود - الملكية في الشريعة الاسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها - دراسة مقارنة بالنظم الوضعية - رسالة دكتوراه من جامعة الازهر - الطبعة الاولى ١٩٧٤م ، مكتبة الاقصى بعمان بالاردن .

١٣٦- فيض الله : الدكتور محمد فوزى - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة

دكتوراه من جامعة الازهر عام ١٩٦٢م - على الآلة الضاربة .

١٣٧- فخرى : الدكتور عاطف - الغير في القانون المدنى المصرى - دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٦م .

١٣٨- رفاعى : الدكتور محمد نصر - الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر - دار النهضة العربية بالقاهرة - سنة ١٩٧٨م .

١٣٩- شنب : الدكتور محمد لبيب - المسئولية عن الأشياء - دراسة مقارنة في القانون المدنى مقارنا بالقانون الفرنسى - رسالة دكتوراه مطبوعة - مكتبة النهضة المصرية سنة ١٩٥٧م .

١٤٠- الشامى : دكتور محمد حسين على - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - عين شمس - دكتوراه - مطبوعة ١٩٩٠م دار النهضة العربية .

١٤١- شحاتــه : الدكتور شفيق - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى - مطبعة الاعتماد بمصر .

## القسم الثاني: مراجع في فقه القانون

### أولا : المراجع العربية :

#### أ ـ الكتب والأبحاث :

١٤٢- الاهوانى : الدكتور حسام الدين كامل - الحق في احترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨م ، ونظرية الحق - ١٩٧١/٧٠م .

١٤٣- بــدر : الدكتور عبدالمنعم بدر والدكتور عبدالمنعم البدراوى - شرح القانون الروماني - طبعة سنة ١٩٥٤م .

١٤٤- البدراوى : الدكتور عبدالمنعم - مبادىء القانون - طبعة ١٩٨١م .

١٤٥- بدوى : الاستاذ حلمى بهجت - أصول الالتزامات - الكتاب الاول - مطبعة نورى بالقاهرة سنة ١٩٤٣م .

١٤٦- جمعــة : الدكتور نعمان محمد خليل - دروس في الواقعة القانونية - طبعة ١٩٧٢- دار النهضة العربيــــة .

١٤٧- جمعــة : الاستاذ عبدالمعين لطفى - موسوعة القضاء في المسئولية المدنية -

التقصيرية والعقدية - الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧م.

١٤٨- جبر : الدكتور سعيد - النظام القانوني للاسم المدني - دار النهضة العربية ١٩٩٠.

١٤٩- زناتي : الدكتور محمود سلام - نظم القانون الروماني - دار النهضة العربية سنة ١٩٦٦م.

١٥٠- زكي : الدكتور محمود جمال الدين - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - الجزء الاول في مصادر الالتزام - القاهرة ١٩٦٨م.
ومقدمة الدراسات القانونية - طبعة ١٩٨٧م.

١٥١- حجازي : الدكتور عبدالحي - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني مصادر الالتزام - مكتبة نهضة مصر بالفجالة ١٩٥٤م، ونظرية الحق في القانون المدني - مكتبة سيد عبدالله وهبة.

١٥٢- حسني : الدكتور محمود نجيب شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨م. والحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة - تقرير مقدم الى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية في الفقرة من ٤-٦ يونيو ١٩٨٧.

١٥٣- الحكيم : الدكتور عبدالمجيد - مصادر الالتزام - بغداد سنة ١٩٦٩م.

١٥٤- أبوطالب : الدكتور صوفي - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٥م.

١٥٥- يحيى : الدكتور عبدالودود - الموجز في نظرية الالتزام - بدون تاريخ.

١٥٦- ياقوت : الدكتور محمد ناجي - فكرة الحق في السمعة - منشأة المعارف بالاسكندرية - الطبعة الاولى سنة ١٩٨٥م.

١٥٧- كيره : الدكتور حسن - أصول القانون - طبعة ١٩٥٩م.

١٥٨- مرسي : الدكتور محمد كامل - الالتزام - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - القاهرة ١٩٥٥م، المطبعة العالمية.

١٥٩- مرقس : د. سليمان - المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية - القسم الاول - ١٩٧١م، والوافي في شرح القانون المدنيء - الجزء الثاني - المجلد الاول - الفعل الضار - طبعة ١٩٨٨م، وبحوث وتعليقات على الاحكام في المسئولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني جمع وتنسيق هدى النمير - مطبعة السلام.

١٦٠- مصطفى : الدكتور عمر ممدوح - القانون الروماني - الطبعة السادسة - دار المعارف بالقاهرة، سنة ١٩٦٦م.

١٦١- محمصاني : الدكتور صبحي - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، طبعة ١٩٤٨، والطبعة الثالثة دار العلم للملايين، بيروت سنة ١٩٨٣م.

١٦٢- مرعي : الاستاذ مصطفى - المسئولية المدنية في القانون المصري - الطبعة الاولى، مطبعة نوري - ١٩٣٦م - ١٣٥٥هـ.

١٦٣- مصطفى : الاستاذ الدكتور محمود - شرح قانون الاجراءات الجنائية - طبعة ١٩٥٥م، والطبعة الخامسة ١٩٨٢م - دار النهضة العربية.

١٦٤- السنهوري : الاستاذ الدكتور عبدالرزاق - الوسيط في شرح القانون المدني - دار احياء التراث العربي بيروت لبنان.

والموجز في النظرية العامة للالتزام - طبعة لجنة التأليف والترجمة ومصادر الحق في الفقه الاسلامي - دار احياء التراث العربي بلبنان.

١٦٥- سلامـــة : الدكتور أحمد - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٧٥م والمدخل لدراسة القانون - الكتاب الثاني طبعة ١٩٧٤م.

١٦٦- سرور : الدكتور محمد شكري - النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٧٩م.

١٦٧- أبو ستيت : الدكتور أحمد حشمت - نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية - مطبعة مصر ١٩٥٤م.

١٦٨- سلطان : دكتور أنور - مصادر الالتزام - الموجز في النظرية العامة للالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني - دار النهضة العربية ١٩٨٣م - وطبعة ١٩٦٢م.

١٦٩- عبدالرحمن : الدكتور حمدي - فكرة الحق - دار الفكر العربي ١٩٨٩م.

١٧٠- عكوش : الاستاذ حسين - المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة.

١٧١- عبدالباقي : الدكتور عبدالفتاح - نظرية الحق - طبعة ١٩٦٥م.

١٧٢- عامـر : الاستاذ حسين - المسئولية المدنية التقصيرية، والعقدية - مطبعة مصر، وطبعة ١٩٧٩م، دار المعارف مع الاستاذ عبدالرحيم عامر.

١٧٣- فـــرج : الدكتور توفيق حسن - النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول - في مصادر الالتزام - طبعة ١٩٧٨م، والمدخل للعلوم القانونية - طبعة ١٩٧٦م

١٧٤- فرج : الدكتور عبدالرازق حسن - النظرية العامة للالتزام - المصادر غير الارادية - طبعة جامعة الملك سعود.

١٧٥- فهمي : الدكتور عبدالعزيز باشا - قواعد وأثار فقهية رومانية - نقلها الى العربية - مطبعة جامعة فؤاد الاول سنة ١٩٤٧م.

١٧٦- فايد : الدكتور اسامة عبدالله - الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات - دراسة مقارنة - الطبعة الثالثة ١٩٨٩ - دار النهضة العربية.

١٧٧- الصدة : الدكتور عبدالمنعم فرج - الحقوق العينية الاصلية - دار النهضة العربية للطباعة والنشر ببيروت، ومصادر الالتزام - دار النهضة، طبعات ١٩٥٨، ١٩٨٤م، والحق في حرمة الحياة الخاصة في مجال الاثبات - بحث مقدم لمؤتمر حرمة الحياة الخاصة بجامعة الاسكندرية في الفترة من ٤/٦ يونيو ١٩٨٧م.

١٧٨- صالح عبيد : الدكتور حسنين ابراهيم - جرائم الاعتداء على الاشخاص - دار النهضة العربية.

١٧٩- الشرقاوى : الدكتور جميل - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الاول - الالتزام - دار النهضة العربية ١٩٧٤م، ١٩٨١م، دروس في اصول القانون المدنى - طبعة ١٩٧٠م.

١٨٠- شحاته : الدكتور شفيق - نظرية الالتزامات في القانون الروماني - المطبعة العالمية بالقاهرة سنة ١٩٦٣م.

١٨١- شنب : الدكتور محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٧٦م. وموجز في المصادر غير الارادية للالتزام - دار النهضة العربية ببيروت سنة ١٩٦٩م.

١٨٢- شرف الدين : الدكتور أحمد - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدى - طبعة ١٩٨٢م. والاحكام الشرعية للأعمال الطبية - الطبعة الثانية ١٩٨٧م، ونظرية الحق - طبعة ١٩٨٧م.

١٨٣- تناغو : الدكتور سمير - المبادىء الاساسية في نظرية الالتزام - طبعة ١٩٧٠م.

١٨٤- الترمانيني : الدكتور عبدالسلام - محاضرات في القانون الروماني - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ببغداد سنة ١٩٦٤م.

١٨٥- ذهني : الدكتور عبدالسلام - النظرية العامة للالتزامات - مطبعة مصر سنة ١٩٥٢م.

١٨٦- الذنون : الدكتور حسن - النظرية العامة للالتزام - بغداد سنة ١٩٦٩م.

١٨٧- غانـــــم : الدكتور اسماعيل - في النظرية العامة للالتزام - مكتبة عبدالله وهبة ١٩٦٧م.
وبحاضرات في النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٥٨م.
والمسئولية التعاقدية - دروس لطلبة الدكتوراه بحقوق عين شمس سنة ١٩٧٦م.

### ب ـ الدوريات ومجموعات الأحكام:

١٨٨- : مجلة ادارة قضايا الحكومة تصدرها ادارة قضايا الحكومة.
١٨٩- : مجلة المحاماه - تصدرها نقابة المحامين.
١٩٠- : مجموعة احكام النقض المصرية - اعداد المكتب الفني.
١٩١- : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى.
١٩٢- : مجلة التشريع والقضاء - دار النشر للجامعات بالقاهرة.
١٩٣- : مجموعة القواعد القانونية لربع قرن.

## ثانيا: المراجع الأجنبيـــــــة:

### ١ ـ مراجع في الفقه الفرنسي:

### أ ـ الكتب والأبحاث والتعليقات:

1. Aubry et Reu: Droit Civil Francais T. 6, Paris 1951.
2. Badinter: Le Droit au Respect de la vie privec JCP 1968. Doct 2136
3. Colin (A) et capitant (H): Cours elementaife de droit civil Francais, Paris. 1954.
4. Chavane (A): La protection de La vie Privéc dans La loi du 17 Juillet 1970, Rev. SC. Crim. et dr. pén. comp. 1971. P. 612, ets.
5. Domat: Les lois civiles dans leurs order naturel, liver 2, titre 8, section 4, Paris 1777.
6. Esmein: Cours de droit civil Approfond deplomed etudes supérieures droit prive, Paris, 1949 – 1950.
7. Girard (F), Manuel: elementaire de Doit Romain, septime Edition, Paris 1424.

8. Gomma (N): Theorié des sources de L'obligation Thése, Paris 1960. LG. DJ, 1968.
9. Giffard: Droit Romain et Ancien Droit francais les obliegation's 3ed. Par. Robert Villevs precis. Dalloz. 1970.
10. Marty et Raynaud: Droit civile T. 2, Paris Sirey, 1962.
11. Mazeaud et Tunc: Traité theorique et pratique de la respansabilite civile délictuelle et contractuelle T. 1. ed 1965.
12. Mazead (H, L) et Chabas: Lecons de droit civil T. 2. 1 er, Volum 6 em edition, 1978.
13. Savatire (R): Les Me'tamorphoses economique et sasiales du droit priva da'ayjoud hui, T. 3. Paris 1957.
14. Viney (G): Traité de Droit civil, sous la direction de Jacque GHESTIN les obligations, T.4. la responsabilite cnditions 1982, et. TV. la respopnsabilités effets 1988.

### ب ـ الدوريات ومجموعات الاحكام:

15. Dalloz Periodique. (D)
16. Sirey Périodique. (S)
17. Revie Trimestrielle de droit civil (R.T.C.).

### ٢ ـ مراجع في الفقه الانجليزي:

18. Brittan: The Right of privacy in England and the United States, Tulan law Rev. P. 235, 1963.
19. Beaney: The Right and privacy and American law and contemporary probloems, 1960, Vol. 31, P. 254.
20. Dias and Markesinis Tort law, dclardendan press Exford 1984.
21. Nizer (L): The Right of privacy: A Half century's Developments Minchigan law, Rev. 1941, Vol. 39, P. 526.
22. Prosser (W): Privacy, California law Rev. Vol. 48, August. 1960, P. 380, P. 807, 1ed. 1970.


مطابع المكتب المصري الحديث
MODERN EGYPTIAN PRESS
الكيلو ١٠ الطريق الزراعي مصر/اسكندرية ص.ب ٣٥ شبرا الخيمة ت